Freiheit und Gebundenheit des Strafrichters im früheren und im nationalsozialistischen Recht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Doktorgrades

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

Vorgelegt von

Ottmar Häfele

Gerichtsreferendar aus Stuttgart

1940

Druckerei wissenschaftlicher Werke Konrad Triltsch
Würzburg-Aumühle

Obmann: Prof. Dr. Eisser.
Berichterstatter: Prof. Dr. Genzmer.
Tag der mündlichen Prüfung: 25. September 1939.

(Die Arbeit wurde im Jahre 1938 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen als Preisarbeit angenommen.)

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

Seite

A. Einleitung 1

I. Recht und Gesetz 1

II. Freiheit und Gebundenheit 2

1. Was versteht man darunter? 2
2. Wo zeigt sich Freiheit und Gebundenheit im Gesetz? 3
   a) in den Tatbeständen? 3
   b) in den Rechtsfolgen? 9
3. Wie verhält sich Freiheit zum Ermessen? 10
   a) Begriff des Ermessens 11
   b) „Freies“ oder „gebundenes“ Ermessen 13

III. Zusammenfassung 16

B. Freiheit und Gebundenheit im früheren Gesetz 18

I. Geistesgeschichtliche Hintergründe 18

II. Freiheit und Gebundenheit bei der Bestimmung der Strafbarkeit 20

1. Die Tatbestände 20
2. Die Schuld 24
3. Die Unrechts- und Schuldausschließungsgründe 25

III. Freiheit u. Gebundenheit bei der Bestimmung der Rechtsfolgen 26

1. Die Strafen 26
2. Die Möglichkeit der Strafänderung 28
3. Die Nebenstrafen und Maßnahmen der Sicherung und Besserung 30

IV. Freiheit und Gebundenheit im Strafverfahren 31

C. Freiheit und Gebundenheit in den Reformentwürfen 33

D. Freiheit und Gebundenheit im nationalsozialistischen Gesetz 41

I. Bindung an das Gesetz 42

II. Bindung an die Straftatbestände 45

1. Analogie 45
2. Generaltatbestand und Einzeltatbestände 50

III. Freiheit innerhalb der Tatbestände 53

1. Gefährdungs- und Willensstrafrecht 53
2. Normative Bestandteile der Tatbestände 55

IV. Freiheit bei der Strafzumessung 60

1. Strafarten 60
2. Strafrahmen 63

Seite

3. Strafzumessungsgrundsätze 65
4. Strafschärfung 66
5. Strafmilderung 68

V. Freiheit bei der Bestimmung von Maßregeln der Sicherung, Besserung und Heilung 70

VI. Freiheit bei der Verwarnung mit Strafvorbehalt 71

VII. Freiheit im Strafverfahren 72

E. Ergebnis 74

Schrifttum 77

Abkürzungen 80

A. Einleitung

I. Das Rechtsdenken der Aufklärung hat bis in das beginnende 20. Jahrhundert hinein den wesentlichsten Einfluß auf die Gestaltung des Rechtslebens ausgeübt. Es kleidet sich ein in die Form des Vertragsdenkens, woraus alle rechtlichen Erscheinungen abgeleitet werden. Wie man den Staat als einen von den einzelnen abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag ansieht, so erklärt sich auch die Rechtsordnung, insbesondere die Strafrechtsordnung, in ihrem Ursprung und Wesen aus dem Vertragsgedanken [1]). In dem Gesellschaftsvertrag wird der Staat ermächtigt, zum Schutz der individuellen Freiheit gegen Eingriffe und Störungen die Rechtsordnung auszubauen. Der Gesellschaftsvertrag erscheint damit gleichsam als ein Ermächtigungsgesetz, in dessen Rahmen das Recht geschaffen wird. Daraus ergibt sich die Folgerung: Recht schafft nur das Gesetz; das Gesetz ist die einzige Rechtsquelle. Und der Positivismus kleidet diese Anschauung in die Formel: Recht ist gleich Gesetz und Gesetz ist gleich Recht.

Bis in die neuere Zeit war Strafrecht gleichbedeutend mit Strafgesetz, weil das Gesetz als alleinige Strafrechtsquelle angesehen wurde. So steht beispielsweise im Lehrbuch des deutschen Strafrechts von Franz von Liszt [2]) der Satz: „Nach heutiger Rechtsanschauung ist das geschriebene Recht (Gesetz im weiteren Sinne) die einzige Quelle der Strafrechtssätze." Wenn aber Strafrecht gleichbedeutend mit Strafgesetz ist, so bedeutet Freiheit oder Gebundenheit im Recht zugleich Freiheit oder Gebundenheit im Gesetz.

Nach nationalsozialistischer Auffassung ist das Gesetz aber nicht mehr die Quelle allen Rechts, sondern Quelle des Rechts ist das Rechtsgewissen des Volkes, sind die „ewigen Rechtsgedanken und die unveränderlichen sittlichen Grundsätze" [3]), die im Bewußtsein des Volkes leben, oder, wie Freisler sagt, die „völkische Sittenordnung" [4]). Das Gesetz ist nur eine Ausdrucksform des Rechts, es ist eine für den

---

[1]) Henkel, Strafrichter und Gesetz, S. 14/15.
[2]) S. 89.
[3]) Nicolai, Rassengesetzliche Rechtslehre, S. 39.
[4]) Komm. StR II, S. 56.

Richter zwar wichtige, aber nicht die einzige Erkenntnisquelle des Rechts. Das Gesetz ist, wie Freisler betont, „nur ein weder lückenloser noch auch sonst vollkommener Ausdruck des Rechts; das Recht besteht auch außerhalb gesetzlich festgelegter Straftatbestände“ [5]). Gesetz und Recht sind also nach nationalsozialistischer Anschauung nicht dasselbe [6]). Diese veränderte Auffassung von Gesetz und Recht ist auch auf dem Gebiet des Strafrechts maßgebend.

An das nationalsozialistische Strafrecht, d. h. an die ewigen Rechtsgedanken, die im Volke als Rechtsbewußtsein leben, und an die völkische Sittenordnung ist der Richter stets gebunden; eine richterliche Freiheit ist hier nicht denkbar. Dagegen kann das Gesetz dem Richter aus verschiedenen Gründen ein mehr oder weniger großes Maß an Entscheidungsfreiheit einräumen oder den Richter aber auch streng binden, indem es genau bestimmt, wie er im Einzelfall zu entscheiden hat. Vom nationalsozialistischen Standpunkt aus ist also die Frage zu stellen, inwieweit bindet das nationalsozialistische Gesetz den Richter, inwieweit läßt es ihm Freiheit.

II. Bevor die Frage geprüft werden kann, inwieweit das frühere Gesetz und inwieweit das nationalsozialistische Gesetz den Richter bindet oder ihm Freiheit läßt, müssen zunächst die Begriffe „Gebundenheit“ und „Freiheit“ klargestellt werden. Sodann ist es notwendig, allgemeine Gesichtspunkte darüber zu gewinnen, in welcher Weise und in welchem Grad der Gesetzgeber die Bindung des Richters an das Gesetz lockern kann, und ob sich jede Lockerung der gesetzlichen Bindung als Freiheit bezeichnen läßt.

1. Wenn der Gesetzgeber durch eine Rechtsvorschrift das Verhalten und das Tätigwerden des Richters genau festsetzt, so daß eindeutig bestimmt ist, wie der Richter im konkreten Fall zu handeln und zu entscheiden hat, dann liegt gesetzliche Gebundenheit vor. Der Richter ist damit an den Willen und an die Zwecke des Gesetzes gebunden.

Die Bindung kann nun unterschieden werden in eine solche hinsichtlich des Umfangs und hinsichtlich des Inhalts der Bindung. Wenn der Richter das Gesetz unbedingt zu beachten und anzuwenden hat und sich keinesfalls darüber hinwegsetzen darf, so kann man von einer allgemeinen Bindung an das Gesetz sprechen. Besteht nun dieses Gesetz aus bestimmten Begriffen, klaren Formulierungen und enthält es ein eindeutiges Werturteil, dann ist der Richter auch inhaltlich

[5]) DStR 1935, S. 24.
[6]) NS Leitsätze, erster Teil, S. 28.

durch das Gesetz (oder im Gesetz) gebunden. Der Richter bleibt dann auf eine rein logische Tätigkeit beschränkt: er muß das individuelle Geschehen logisch eindeutig unter einen Tatbestand des Gesetzes subsumieren.

Wenn nun die gesetzliche Bindung hinsichtlich des Umfangs oder Inhalts gelockert wird, dann wird dem Richter ein mehr oder weniger großes Maß von Freiheit eingeräumt. Wenn z. B. ein Gesetz Rechtsvorschriften enthält, die den Richter nicht verpflichten, so daß der Richter im Einzelfall nach seinem Gutdünken, also anders, als es das Gesetz bestimmt, entscheiden kann, so ist die allgemeine Bindung an das Gesetz stark gelockert. Man wird jedoch sagen können, daß eine gewisse Mindestbindung an das Gesetz stets vorhanden sein wird. Nun kann ferner im Rahmen dieser allgemeinen Bindung an das Gesetz, die Bindung an den Inhalt des Gesetzes gelockert sein. Dies ist dann der Fall, wenn der Gesetzgeber Begriffe verwendet, die vom Richter gewertet werden müssen, oder wenn das Gesetz verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung stellt, von denen der Richter im Einzelfall eine auswählen kann.

In demselben Maß wie die gesetzliche Bindung gelockert wird, tritt eine gewisse Freiheit für den Richter ein. Da die Lockerung der Bindung verschieden groß sein kann, ist auch der Grad der Freiheit verschieden groß. Es gibt also von der strengsten Gebundenheit bis zur Freiheit viele Übergangsstufen; eine deutliche Grenze läßt sicht nicht ziehen.

2. Es muß nun näher geprüft werden, wann eine wirkliche Lockerung der gesetzlichen Bindung und damit eine Freiheit für den Richter gegeben ist. Dies soll zunächst hinsichtlich der Tatbestände, sodann hinsichtlich der Rechtsfolgen geschehen.

a) Das Gesetz kann dem Richter gestatten, selbst einen Strafrechtssatz aufzustellen. Dann tritt der Richter für den konkreten Fall als Gesetzgeber auf. Anstelle des Gesetzes spricht der Richter ein Werturteil über das individuelle Geschehen aus, d. h. die gesetzliche Bindung ist sehr gelockert, dem Richter ist ein hohes Maß von Freiheit eingeräumt.

Beispiele einer derartigen Regelung bietet die Entwicklung des Sowjetstrafrechts: die Grundsätze der RSSSR über die Strafgesetzgebung vom Jahre 1919 enthielten überhaupt keine Einzelstraftatbestände. Und der Gesetzentwurf der kommunistischen Akademie vom Jahre 1930 (nach seinem Urheber als Entwurf Krylenko bezeichnet) erstrebte mit der Preisgabe eines Besonderen Teils, mit seinen nur „exemplifizierenden", „anweisenden" Richtlinien eine völlige Be-

freiung des Richters vom gesetzlichen Tatbestand [7]). Als weiteres Beispiel wäre hier die Verordnung über die Einsetzung von Revolutionstribunalen der Münchener Räteregierung von 1919 zu erwähnen, die u. a. folgendes bestimmte: Jeder Verstoß gegen revolutionäre Grundsätze wird bestraft. Die Art der Strafen steht im freien Ermessen des Richters [8]).

Wichtiger und praktisch bedeutsamer ist die Freiheit, die dem Richter durch Auslegung „unbestimmter" Begriffe im Tatbestand eingeräumt werden kann. Um das Wesen dieser „unbestimmten" Begriffe verdeutlichen zu können, müssen wir den Aufbau der Tatbestände näher betrachten.

Im Anschluß an Mezger [9]) unterscheiden wir „deskriptive" und „normative" Tatbestandselemente. Unter den deskriptiven Tatbestandselementen versteht man „diejenigen Bestandteile des gesetzlichen Tatbestandes, die den Sachverhalt, der die Strafe begründet, eindeutig als etwas Gegebenes bezeichnen, so daß der urteilende Richter sich auf eine erkenntnismäßige, kognitive Tätigkeit zu beschränken vermag" [10]). Im Grunde sind die deskriptiven Tatbestandselemente dasselbe wie die Seinsbegriffe bei Drost [11]). Damit ist der Gegenstand, den diese Elemente oder Begriffe bezeichnen, zu erkennen als konkrete Wirklichkeit in der sinnlich wahrnehmbaren Erscheinungswelt oder aber, wenn es sich dabei um das Sein nicht empirischer Art handelt, durch reine Denktätigkeit zu ermitteln. So sind die aus solchen deskriptiven Elementen gewonnenen Urteile eindeutig nachprüfbar entweder an der Wahrnehmung oder daran, ob sie denknotwendig sind. Daraus erhellt, daß der Gesetzgeber durch die Verwendung deskriptiver Elemente im Gesetz den Richter stets bindet, weil auch der Richter sie nur in dem ihnen innewohnenden eindeutigen Sinn verstehen und anwenden kann.

Unter den normativen Tatbestandselementen versteht man solche Bestandteile, bei denen das Strafgesetz vom urteilenden Richter eine

[7]) Freisler, DStR 1935, S. 20; Maurach, ZStW 56, S. 736.

[8]) ZStW 40, S. 511/512. In diesem Zusammenhang kann auch die im Jahre 1920 geäußerte Ansicht Walter Rathenaus (in F. Dehnow, Die Zukunft des Strafrechts, S. 38/39) erwähnt werden: „Der Strafbestimmung bedarf es nicht. Es genügt das Gesetz: Jedes Unrecht soll nach freiem Entschluß des Täters und nach Ermessen des gerechten und weisen Richters nach dem Maße der zutage getretenen Gesinnung und der Verantwortungsfähigkeit des Täters gesühnt oder gebüßt werden."

[9]) Vom Sinn, S. 187 ff; Lehrbuch S. 189 ff; vgl. auch Max Grünhut, Methodische Grundlage der heutigen Strafrechtswissenschaft, Frank-Festgabe I, S. 21 ff.

[10]) Mezger, Vom Sinn, S. 218.

[11]) Das Ermessen, S. 17.

wertende Tätigkeit fordert, „bei denen es m. a. W. das a b schließende Werturteil über den Sachverhalt gar nicht selbst vollzieht“ [12]). Der Strafgesetzgeber überläßt durch die Verwendung von normativen Tatbestandselementen das abschließende Werturteil über die Tat fremden Instanzen. Die normativen Elemente unterscheiden sich nach Mezger dann noch in solche mit rechtlicher Bewertung, bei denen der Gesetzgeber auf rechtliche Wertungen außerhalb des Strafrechts verweist, z. B. „fremde“ Sache in § 242, „Vormund“ in § 174 StGB (rechtliche Wertungsdelikte), und solche mit kultureller Bewertung, bei denen auf die verschiedensten Gebiete ethischer, sozialer, wirtschaftlicher Art verwiesen wird, wie z. B. „unzüchtig“ in § 174, „unbescholten“ in § 182, „mißhandeln“ in § 223 StGB (kulturelle Wertungsdelikte).

Es wäre nun aber verfehlt, anzunehmen, daß alle die von Mezger als normativ bezeichneten Bestandteile, die zwar eine Wertung verlangen, zugleich auch Freiheit für den Richter bedeuten. Mezger hat nämlich die Gliederung der Tatbestandsteile vom Gesichtspunkt der Anwendung des Strafgesetzes aus vorgenommen. Er wollte damit typische Formen der Rechtsanwendung aufzeigen, und nicht feststellen, ob dem Richter damit das Recht eingeräumt sei, den Wertmaßstab selbst zu finden oder festzulegen. Denn nur in solchen Fällen, in denen der Richter eine eigene Wertung vorzunehmen hat, ist ihm eine gewisse Freiheit gewährt. Für die Frage der Freiheit oder Gebundenheit des Richters ist eine Gruppierung der normativen Begriffe nach den Normenkreisen, auf die sie verweisen, nicht wesentlich. Denn letzten Endes ist es für den Richter gleichgültig, ob er ethische oder soziale Wertmaßstäbe anwendet. Entscheidend ist für diese Frage nur, ob dem Richter „die Werte selbst vom Recht geformt angeboten werden, oder ob er nur Wertformeln vor sich hat und ihre Ausfüllung dem subjektiven Wertwissen ausgeliefert ist“ [13]).

Somit scheiden für unsere Betrachtung die normativen Bestandteile mit rechtlicher Bewertung von vornherein aus. Denn wenn auch das Strafgesetzbuch selbst eine Wertung nicht vorgenommen hat, sondern stillschweigend auf die in anderen Rechtsgebieten vorgenommene Wertung verweist, so ist der Richter eben an diese Wertmaßstäbe aus außerstrafrechtlichen Rechtsgebieten gebunden. So können wir vom Standpunkt unserer Betrachtung aus, die normativen Bestandteile mit rechtlicher Bewertung geradezu als deskriptive Tatbestandselemente

---

[12]) Mezger, Vom Sinn, S. 217.
[13]) Erik Wolf, Der Sachbegriff, S. 55.

bezeichnen [14]). Auch von den normativen Bestandteilen mit kulturel-ler Wertung müssen für uns diejenigen ausscheiden, die auf allgemein bekannte und feststehende Wertmaßstäbe verweisen. Denn auch dann ist der Richter bei Anwendung des Gesetzes an den feststehenden Wertmaßstab gebunden, an den der Gesetzgeber bei Schaffung des Gesetzes gedacht hat. So muß z. B. der Begriff des „Vermögens" in § 263 StGB als normativer Bestandteil ausscheiden [15]). Zwar kann bei diesem Begriff unter Umständen eine Wertung durch den Richter erforderlich sein; jedoch ist der Wertmaßstab so allgemein bekannt, daß man nicht sagen kann, daß der Richter dabei auf sein subjektives Wertwissen angewiesen sei. Aus demselben Grund müssen ferner verschiedene Elemente, die nach Mezger eine quantitative Abschätzung erfordern, ausscheiden, so z. B. „Beginn der Menschqualität" in §§ 211, 218, „gleich nach der Geburt" in § 217, „wegnimmt" in § 242 StGB.

Die normativen Bestandteile des Tatbestands in unserem Sinn, die eine Wertausfüllung mit den vom Richter selbst zu findenden Wertmaßstäben verlangen, sind also nicht gleichbedeutend mit den von Mezger benannten normativen Elementen. Und wenn im folgenden von normativen Bestandteilen im Tatbestand gesprochen wird, so sind darunter stets die normativen Elemente im engeren Sinn, d. h. solche, bei denen der Richter nicht an einen bestimmten Wertmaßstab gebunden ist, zu verstehen. Tatsächlich bedeuten nur diese eine Lockerung der gesetzlichen Bindung und damit eine gewisse Freiheit für den Richter, weil es dabei ihm anheim gegeben ist, die Wertung nach eigenem Wertwissen vorzunehmen. Bei all den Tatbestandselementen aber, die zwar bei Anwendung vom Richter eine gewisse Wertung erfordern, deren Wertmaßstäbe aber in anderen Rechtsgebieten festgelegt oder sonst allgemein bekannt sind, ist die Gebundenheit des Richters an das Gesetz vorhanden und man kann in solchen Fällen nicht von Freiheit sprechen.

Der Gedanke, daß der Richter Wertmaßstäbe zu finden und damit die Wertung der normativen Begriffe vorzunehmen hat, darf jedoch nicht überspannt werden. Zumal Erik Wolf feststellt, daß sämtliche Tatbestandselemente normativ seien [16]). Das ist in dem Sinn richtig, als sie alle Bestandteile der strafrechtlichen Tatbestände sind und dadurch schon eine bestimmte Ausrichtung erfahren, und weil ferner die Begriffe von einer bestimmten Haltung und Weltanschauung gesehen und verstanden werden müssen. Auch Mezger stellt fest, daß die

[14]) Thierfelder, S. 66 ff; vgl. auch Freisler, Komm. StR II, S. 60 ff; Krüger, ZStW 54/638.

[15]) A. M. Freisler, Komm. StR II, S. 64.

[16]) Wolf, Der Sachbegriff, S. 56.

normativen Elemente der strafrechtlichen Tatbestände ungemein zahlreich seien [17]). Doch wäre es verkehrt, in allen Fällen von einer Lockerung der gesetzlichen Bindung und damit von einer dem Richter gewährten Freiheit zu sprechen. Deshalb kann nur bei solchen Begriffen, die objektiv und losgelöst vom Tatbestand eine vom Richter selbst zu findende Wertung erfordern, von richterlicher Freiheit gesprochen werden.

Als eine Mittelgruppe zwischen den deskriptiven und normativen Tatbestandselementen bezeichnet Mezger die „Elemente kognitiver Beurteilung". Er nennt sie Bestandteile, „die an Hand der Erfahrung und des Erfahrungswissens eine bestimmte Beurteilung erfahren" [18]). Er sagt darüber ferner: „Es wäre sehr verkehrt, in dieser kognitiven Beurteilung schon eine normative Tätigkeit erblicken zu wollen; und doch ist sie umgekehrt etwas anderes und weitergreifendes als jene zuerst genannte einfache Feststellung" [19]). Dazu gehören nach Mezger die Begriffe des „Unwahren" und der „Gefahr". Möglich ist, daß diese Elemente gleichbedeutend sind mit den „unbestimmten Seinsbegriffen" nach Drost [20]), bei denen unter Umständen zwar feststehe, daß bestimmte Tatsachen einen Anwendungsfall des Begriffes bilden, häufig aber nicht mehr eindeutig mit Mitteln der Logik feststellbar sei, welche anderen Einzeltatsachen dann noch unter ihn zu subsumieren sind.

Mit dieser Mittelgruppe der „Elemente kognitiver Beurteilung" bzw. der „unbestimmten Seinsbegriffe" haben wir jedoch für die Frage der Freiheit oder Gebundenheit nicht viel mehr gewonnen, als daß sie uns zeigt, daß neben der Schwierigkeit der Feststellung von normativen Bestandteilen noch eine größere Schwierigkeit in der Abgrenzung zwischen deskriptiven und normativen Elementen vorhanden ist, und daß es Übergänge von den deskriptiven zu den normativen Bestandteilen gibt. Es wird für unsere Untersuchung richtiger sein, eine selbständige Mittelgruppe fallen zu lassen, und zu versuchen, diese Begriffe, je nachdem sie mehr oder weniger wertungsbedürftig sind, den deskriptiven oder den normativen Bestandteilen zuzuweisen, allerdings in dem Bewußtsein, daß eine scharfe Trennung zwischen diesen beiden Gruppen unmöglich ist. Dabei wird man den Begriff des „Unwahren" zu den deskriptiven, den Begriff der „Gefahr" zu den normativen Elementen rechnen müssen [21]).

[17]) Mezger, Lehrbuch, S. 191, Vom Sinn, S. 224.
[18]) Mezger, Lehrbuch, S. 191.
[19]) Mezger, Vom Sinn, S. 218.
[20]) Drost, Das Ermessen, S. 19, 21 ff.
[21]) Man könnte sich überlegen, ob eine Gruppierung innerhalb der nor-

Wir wollen also bei der Prüfung der Stellung des Richters davon ausgehen, daß es im Tatbestand wertgefüllte und wertausfüllungsbedürftige (normative ieS) Bestandteile gibt. Zu den wertgefüllten Begriffen gehören auch solche, die im Strafgesetz selbst nicht gewertet sind, jedoch aus anderen Gebieten eine eindeutige Wertung erfahren. Bei den wertgefüllten Bestandteilen ist der Richter gebunden, bei den wertausfüllungsbedürftigen hat er ein bestimmtes Maß von Freiheit. Ausdrücklich zu erwähnen ist jedoch noch, daß abstrakte Begriffe, ganz gleichgültig, um welchen Grad von Abstraktheit es sich dabei handelt, grundsätzlich keine Freiheit für den Richter bedeuten. Selbst wenn ein solcher Begriff erst durch eine Kette von logischen Schlüssen auf den wirklichen Sachverhalt angewendet werden kann und dabei für den Richter große Fehlerquellen entstehen können, bleibt der Richter an das Gesetz gebunden; denn es bestimmt eindeutig, wie er zu entscheiden hat. Anders wird es natürlich, wenn durch die Abstraktion zugleich ein normativer Faktor in den Begriff hineingelegt wird, so daß der abstrakte Begriff ein wertausfüllungsbedürftiger geworden ist.

Ähnlich ist es mit den sogenannten kasuistischen Tatbeständen. Es ist nicht richtig, allgemein zu sagen, daß der kasuistische Tatbestand den Richter mehr binde als der weniger kasuistische. Wenn ein Gesetz im einzelnen z. B. aufführt: Wer den Daumen abhaut, der zahlt . . ., wer den Zeigefinger abhaut, der zahlt . . ., wer den Mittelfinger abhaut, der zahlt . . . usw., so ist der Richter hinsichtlich des Tatbestands nicht stärker gebunden, als bei der weniger kasuistischen Fassung: wer einen Finger abhaut, der zahlt . . . Denn in beiden Fällen ist dem Richter eine eindeutig bestimmte gesetzliche Anweisung erteilt, die ihm keinerlei Freiheit einräumt. Nun kann die Kasuistik immer mehr durch Verallgemeinerung der Begriffe aufgegeben werden, so daß in dem immer mehr umfassenderen Begriff wieder ein normativer Faktor auftritt, der diesen Begriff zum wertausfüllungsbedürftigen macht. So kann in Fortführung des obigen Beispiels etwa weiter formuliert werden: wer ein Glied des Körpers abhaut, dann: wer den Körper verletzt, und weiter: wer einen anderen körperlich mißhandelt, der zahlt . . . Bei der letzten Formulierung ist die gesetzliche Bindung sicher gelockert und Raum für die Wertung des Richters

---

mativen Elemente möglich und zweckmäßig wäre. Dies könnte vielleicht unter dem Gesichtspunkt der mehr oder weniger großen Schwierigkeit der Feststellung solcher vom Richter anzuwendender Wertmaßstäbe geschehen, oder nach der Art der zu wertenden Begriffe, die weiter oder enger sein können und damit einer mehr oder weniger umfangreichen Wertausfüllung bedürfen.

gegeben. Allerdings ist hinsichtlich der Rechtsfolgen der Richter beim kasuistischen Gesetz stärker gebunden, als bei einem allgemeinen. Denn bei der kasuistischen Aufzählung kann für jeden Fall eine bestimmte (absolute) Strafe angedroht werden, bei der allgemeineren Fassung des Tatbestandes muß aber ein sehr weiter Strafrahmen festgesetzt werden, dem der Richter die für den Einzelfall angemessene Strafe entnehmen kann.

b) Wann nun ist der Richter bei der Bestimmung der Rechtsfolgen gebunden oder nicht gebunden?

Wenn das Gesetz bestimmt, daß eine Rechtsfolge einzutreten hat, wenn gewisse Voraussetzungen, nämlich die des Tatbestandes, erfüllt sind, dann ist der Richter gebunden. So bestimmt z. B. § 44 StGB: „Das versuchte Verbrechen oder Vergehen ist milder zu bestrafen als das vollendete." Damit ist dem Richter die Rechtsfolge verpflichtend vorgeschrieben. Das für die Vollendung angedrohte Höchstmaß darf also nicht erreicht werden. Auch muß der Richter bei der Strafzumessung für die versuchte Tat unter der Strafe bleiben, die — sofern es klar ist, wie sich die Tat bei Vollendung gestaltet hätte — für die vollendete Tat angemessen wäre. In allen Fällen, in denen die Rechtsfolge vom Gesetz verpflichtend vorgeschrieben ist, ist der Richter gebunden.

Wenn dagegen das Gesetz eine fakultative Regelung hinsichtlich der Rechtsfolge trifft, so ist dem Richter Freiheit gewährt. Das wird in der Regel bei den gesetzlichen Bestimmungen der Fall sein, in denen die Rechtsfolge durch das Wort „kann" an den Tatbestand geknüpft ist, wie z. B. in § 60 StGB oder § 153 III StPO. Aber auch durch andere Formulierungen kann dem Richter Freiheit in der Bestimmung der Rechtsfolge eingeräumt sein, so etwa bei Verwendung des Wortes „darf" in § 27 c III StGB oder in § 83 I VE.

Der Richter kann also schon bei der Frage, ob eine Rechtsfolge eintreten soll oder nicht, an die gesetzliche Bestimmung gebunden sein. Wenn das Gesetz die Entscheidung dagegen dem Richter überläßt, so ist ihm Freiheit gewährt. Darüber hinaus kann bei Bestimmung von Art und Maß der Strafe dem Richter vom Gesetz ein mehr oder weniger großer Spielraum gegeben werden.

Gebunden ist der Richter, wenn die Rechtsfolge eindeutig aus dem Gesetz zu entnehmen ist. Dies ist bei den sogenannten absoluten Strafen der Fall, die nicht mehr abgeschwächt oder verschärft werden können, wie z. B. bei der Todesstrafe des geltenden Rechts. Absolute Strafen, die verhängt werden müssen, ohne daß dabei die Art der Verwirklichung und insbesondere die psychische Beziehung des Täters

zur Tat berücksichtigt werden können, sind in den neueren Strafgesetzbüchern verhältnismäßig selten. Aus dem Gedanken heraus, die Strafe dem Einzelfall möglichst anzupassen, stellt das Gesetz dem Richter Strafrahmen zur Verfügung, innerhalb deren er die Strafe zu finden hat. Je weiter nun diese Strafrahmen sind, desto größer ist die dem Richter gewährte Freiheit. Andererseits kann die richterliche Freiheit vom Gesetz dadurch wieder beschränkt werden, daß der Strafrahmen durch Festsetzung von Höchst- und Mindeststrafe eingeengt wird. Das Gesetz kann ferner dem Richter verschiedene Strafarten zur alternativen oder kumulativen Anwendung zur Verfügung stellen, und außerdem Maßnahmen der Sicherung und Besserung. Auch in diesem Falle ist dem Richter eine gewisse Freiheit eingeräumt.

Ferner ist das richterliche Strafänderungsrecht zu beachten. Wenn dem Richter die Befugnis eingeräumt ist, bei besonderen Voraussetzungen den regelmäßigen Strafrahmen zu unterschreiten oder zu überschreiten, so ist auch hierin eine richterliche Freiheit zu erblicken. Jedoch kann diese Freiheit gestuft, d. h. verschieden groß sein. Bestimmt z. B. das Gesetz, daß nur bei besonders bezeichneten Vergehen „mildernde Umstände" gewährt werden dürfen, so ist darin ein geringeres Maß von Freiheit zu erblicken, als wenn ganz allgemein in allen Fällen mildernde Umstände gewährt werden können. Auch wenn bei den einzelnen Vergehen für den Fall der mildernden Umstände wieder besondere ermäßigte Strafrahmen aufgestellt sind, so ist die Freiheit beschränkter, als bei einer allgemeinen, alle Fälle umfassenden Regelung der Herabsetzung der Strafe wie etwa in § 72 des E 25. Sehr groß ist die Freiheit, wenn das Gesetz die Strafmilderung ganz in das Ermessen des Gerichts stellt oder es dem Gericht überläßt, von Strafe ganz abzusehen wie z. B. bei den „besonders leichten Fällen" des § 83 VE.

Auf weitere Einzelheiten kann hier verzichtet werden. Es sollte nur ein allgemeiner Überblick gegeben werden, in welchen Fällen die gesetzliche Bindung gelockert und damit dem Richter ein bestimmtes Maß von Freiheit eingeräumt ist. Gleichzeitig wurde damit aber auch gezeigt, daß die Lockerung der gesetzlichen Bindung verschieden groß sein kann, d. h. daß die dem Richter gewährte Freiheit graduell verschieden ist. Auch ist die richterliche Freiheit in der Bestimmung der Rechtsfolgen im allgemeinen größer als bei der Wertung der normativen Bestandteile im Tatbestand.

3. Wie verhält sich nun der Begriff „Freiheit" im oben dargelegten Sinn zu dem Begriff „Ermessen"? Steht dem Richter ein Ermessen zu, wenn ihm das Gesetz Freiheit gewährt, oder ist eine Freiheit denkbar,

die nicht zugleich Ermessen bedeutet? Was versteht man unter Ermessen?

a) Lothar Seuffert [22]) stellte fest, daß es Tatbestände gibt, die teils mehr, teils weniger konkret sind. Demzufolge seien auch die Rechtsfolgen mehr oder weniger konkret. Das konkretere Gesetz erspare dem Richter bei der Rechtsanwendung ein Stück Tätigkeit, die er bei dem minder konkreten Gesetz vollziehen muß. Deshalb kommt Seuffert zur Feststellung: „Jenes Plus von Tätigkeit, welches die Anwendung der minder konkreten Rechtsnorm im Vergleich mit der Anwendung der konkreteren Rechtsnorm dem Richter verursacht, nennt man richterliches Ermessen." Er schreibt ferner, daß es richterliches Ermessen sowohl zum Zweck der Konkretisierung des Tatbestandes, wie auch zum Zweck der Konkretisierung der Rechtsfolge gebe.

Richtig ist, daß auch im Tatbestand Raum für richterliches Ermessen ist. Jedoch kann nicht die gesamte Tätigkeit, die nach der obigen Begriffsbestimmung ganz allgemein als Ermessen bezeichnet wird, in Wirklichkeit als richterliches Ermessen angesehen werden. Die abstrakte Rechtsnorm erfordert zwar bei der Anwendung auf einen konkreten Sachverhalt vom Richter ein Mehr an Tätigkeit, eine Mehrarbeit gegenüber der Anwendung einer ganz konkreten Rechtsnorm. Diese Mehrarbeit bedeutet aber für den Richter zweifellos kein Ermessen, ebensowenig wie sie eine größere Freiheit oder weniger starke Gebundenheit beweist, sofern die abstrakte Norm nicht wertausfüllungsbedürftig ist, sondern mit Hilfe der Logik auf den Sachverhalt angewendet werden kann. Allerdings können sich bei der Konkretisierung der abstrakten Norm Fehlschlüsse einschleichen; die Rechtssicherheit ist nicht in gleicher Weise gewährleistet wie bei konkreten Rechtsnormen. Seuffert stellt dann weiter fest, daß ein Ermessen in den Tatbeständen bei den „nicht scharf umgrenzten faktischen Begriffen", die er auch als nicht juristische Begriffe bezeichnet, gegeben ist. Er erläutert jedoch nicht näher, was er unter diesen Begriffen versteht. Wenn damit nur die wertausfüllungsbedürftigen Begriffe gemeint sind und deshalb in der obigen Begriffsbestimmung hinsichtlich der Tatbestände nur d a s Plus von Tätigkeit, das dem Richter durch Ausfüllung der normativen Elemente entsteht, verstanden werden soll, so kann die hiermit gewonnene Begriffsbestimmung des Ermessens hinsichtlich der Tatbestände als richtig bezeichnet werden.

Aber auch in Beziehung auf die Rechtsfolgen kann das Ermessen nicht davon abhängig gemacht werden, ob diese abstrakt gehalten

[22]) Über richterliches Ermessen, S. 4.

sind. Wenn z. B. eine Norm bestimmt: Wer einen Schaden verursacht, hat ihn zu ersetzen, so ist die Rechtsfolge abstrakt bestimmt. Nun kann es zwar unter Umständen sehr schwierig sein, festzustellen, ob und in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist. Wenn dies aber als tatbestandsmäßige Voraussetzung feststeht, so ist außerdem auch die Rechtsfolge eindeutig bestimmt und jedes Ermessen ist damit ausgeschlossen. Es muß also auch bei der Rechtsfolge darauf abgestellt werden, ob das Gesetz dem Richter einen Spielraum läßt, innerhalb dessen beiden Grenzen er nach seinem individuellen Dafürhalten im Einzelfall die Rechtsfolge auswählen kann.

Dementsprechend schreibt von Laun [23]): „Das Wort ‚Ermessen' soll andeuten, daß der individuellen Beurteilung durch das handelnde Organ ein Spielraum gelassen ist". Und Herrnritt [24]) stellt fest, „man kann die Bewegungsfreiheit, den Spielraum, welcher dem behördlichen Organe bei der Bildung seiner Schlüsse aus dem Inhalt der Rechtsnorm auf ihre Anwendbarkeit auf den konkreten Tatbestand gewahrt ist, als behördliches Ermessen im weitesten Sinn bezeichnen". Eine solche Bewegungsfreiheit und ein solcher Spielraum ist dem Richter aber nur dann gegeben, wenn die gesetzliche Bindung gelockert ist, d. h. wenn dem Richter die Wertung der normativen Tatbestandselemente und die Bestimmung und Auswahl der Rechtsfolgen im Einzelfall überlassen ist. So können wir uns Drost [25]) anschließen, der das Ermessen „als eine durch Lockerung der gesetzlichen Bindung nach Umfang oder Inhalt dieser Bindung begründete Wahlfreiheit in der Entscheidung von Einzelfällen" bezeichnet. Selbstverständlich ist diese Freiheit der Wahl keine unbeschränkte, sondern durch verschiedene Faktoren begrenzt.

Auch die oben untersuchte richterliche Freiheit entsteht durch Lockerung der gesetzlichen Bindung nach Umfang oder Inhalt der Bindung, wodurch der Richter die Möglichkeit bekommt, innerhalb bestimmter Grenzen den Wertmaßstab für die normativen Tatbestandselemente zu bestimmen und die Rechtsfolgen auszuwählen. Somit ist festzustellen, daß in allen Fällen, in denen dem Richter ein gewisses Maß von Freiheit gewährt ist, ihm gleichzeitig ein Ermessen eingeräumt ist. Aber auch umgekehrt gilt dieser Satz. Wenn eine Rechtsnorm auf das richterliche Ermessen verweist, dann ist die gesetzliche Bindung gelockert, d. h. das Gesetz räumt dem Richter ein bestimmtes Maß von Freiheit ein.

---

[23]) Das freie Ermessen, S. 50.
[24]) Verwaltungsrecht, S. 292.
[25]) Das Ermessen, S. 13.

b) Nunmehr soll geprüft werden, ob dieses richterliche Ermessen ein „freies" oder „gebundenes" Ermessen ist.

Die Unterscheidung von freiem und gebundenem Ermessen wurde besonders in dem älteren Schrifttum des Verwaltungsrechts getroffen. So wird von gebundenem Ermessen gesprochen, wenn der Richter den dem bestimmten Einzelfall entsprechenden Willen des Gesetzes findet; freies Ermessen liege dagegen dann vor, wenn die Behörde selbst schöpferisch durch ihren Entschluß ohne Regelung des Gesetzgebers bestimmt, was rechtens sein soll. v. Laun schreibt [26]): „Das gebundene Ermessen ist, anders als das freie, wie das ganze Gebiet der gesetzlichen Gebundenheit dadurch charakterisiert, daß das handelnde Organ lediglich den gesetzlichen Willen zu vollführen hat. Eine vom Gesetzgeber unbeeinflußte Wahl zwischen mehreren Arten des Verhaltens, die Möglichkeit, eigene Ansichten über Opportunität, Billigkeit und dergleichen zu verwirklichen, ist ihm nicht gewährt ... Der Richter oder Verwaltungsbeamte hat ohne Rücksicht auf das, was er selbst für zweckmäßig, billig usw. hält, lediglich das zu vollziehen, was nach seinem besten Wissen und Gewissen der Gesetzgeber angeordnet hätte, wenn er den konkreten Fall statt durch eine abstrakte Norm durch ein Individualgesetz geregelt hätte". Bezeichnend für das freie Ermessen dagegen sei „die freie, vom Gesetze unbeeinflußte Wahl der Zwecke im Gegensatz zu der Wahl mehrerer Arten des ‚Verhaltens' im Dienste eines höheren, vom Gesetz eindeutig fixierten Zweckes" [27]). Und an anderer Stelle schreibt v. Laun [28]): „Freies Ermessen ist also der vollziehenden Gewalt eingeräumt, wenn sie unbeeinflußt von Rechtsregeln zu bestimmen hat, was das öffentliche Interesse verlangt". In ähnlicher Weise unterscheiden auch andere Schriftsteller [29]). v. Laun sieht sogar zwischen dem freien und dem gebundenen Ermessen einen prinzipiellen, qualitativen Gegensatz [30]), währenddem neuere Schriftsteller zum Teil darin nurmehr einen graduellen, quantitativen Gegensatz erblicken [31]). Adolf Merkl [32]) erscheint die Unterscheidung zwischen freiem und gebundenem Ermessen sogar als ein „überflüssiges und mißglücktes Begriffsspiel".

---

[26]) Das freie Ermessen, S. 55/56.
[27]) v. Laun, in der Festschrift für Zitelmann, S. 36.
[28]) Das freie Ermessen, S. 66.
[29]) vgl. z. B. Thoma im Handbuch des deutschen Staatsrechts, 1932, II. Bd., S. 234.
[30]) v. Laun, in der Festschrift für Zitelmann, S. 9.
[31]) Herrnritt, S. 297; Drost, Das Ermessen, S. 43, und das dort angeführte Schrifttum.
[32]) Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 154.

Im liberalen Rechtsstaat mag diese Unterscheidung vielleicht noch einen gewissen Sinn gehabt haben. Auf der Grundlage des liberalen Gesetzesbegriffs, der das Gesetz als Schranke des staatlichen Eingriffsrechts und als Schutz für die Freiheitssphäre des einzelnen verstand, war der Gedanke eines freien Ermessens dann naheliegend, wenn eine behördliche Entscheidung ohne gesetzliche Regelung erfolgte. Für den nationalsozialistischen Staat erscheint aber eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen freiem und gebundenem Ermessen als unmöglich. Denn auch beim freien Ermessen bleibt der Richter gebunden: schweigt das Gesetz, so tritt als weitere Erkenntnisquelle das Rechtsbewußtsein ein; denn auch die völkische Sittenordnung ist Quelle des Rechts. Daneben wird das richterliche Ermessen auch geleitet und bestimmt durch die Äußerungen des Führers, durch die konkreten Erfordernisse von Volk und Staat und durch die Lebensnotwendigkeiten der Nation. Auch das freie Ermessen bleibt gebunden in der „Wirklichkeit der deutschen Volksgemeinschaft“ [33]). So können wir ganz allgemein feststellen, daß es ein freies Ermessen im früheren Sinn (wie bei v. Laun) im nationalsozialistischen Staat nicht mehr gibt [34]).

Aber auch schon im vornationalsozialistischen Strafrecht gab es kein freies Ermessen im v. Launschen Sinne [35]). Denn das Gesetz hat dem Richter nicht deshalb eine Freiheit gewährt, damit er nach seiner individuellen Auffassung entscheiden soll, ob eine Handlung strafwürdig ist und wie diese zu bestrafen ist. Zwar soll das richterliche Ermessen die Möglichkeit geben, der Individualität des Täters und des konkreten Falles gerecht zu werden, nicht aber der Individualität des Richters in der Beurteilung von Rechtsfällen. Der Richter hat vielmehr das Gesetz zu Ende zu denken und nach bestem Wissen und Gewissen so zu entscheiden, wie es der Gesetzgeber angeordnet hätte, wenn er diesen konkreten Fall statt durch eine abstrakte Norm durch ein Individualgesetz geregelt hätte. Auch bei der Strafzumessung stand dem Richter kein freies Ermessen zu. Dies gibt v. Laun übrigens ausdrücklich zu [36]). Ferner ist überraschend, daß bei sämtlichen Beispielen von fakultativen Bestimmungen aus dem Strafgesetzbuch und dem Vorentwurf, die v. Laun zur Erläuterung des freien Ermessens an-

[33]) Köttgen, S. 31.

[34]) Köttgen, S. 9; Maunz, S. 214; Schüle in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 345; Franzen, S. 39.

[35]) Drost, Das Ermessen, S. 43; vgl. auch Albert Wehli, Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung, Festschrift für Wach, 1913, I. Bd., S. 18 (426).

[36]) v. Laun, in der Festschrift für Zitelmann, S. 10; vgl. auch Reichel, in der Festgabe für Stammler, 1926, S. 311.

führt[37]), das Ermessen nicht dem Richter, sondern irgendeiner Verwaltungsbehörde zusteht.

Wir können wohl daran festhalten, daß es im früheren Strafrecht kein freies Ermessen gab, ebensowenig wie im nationalsozialistischen Strafrecht, wobei im nationalsozialistischen Recht die veränderte Auffassung über Recht und Gesetz noch besonders zu berücksichtigen ist. Wenn also alles Ermessen im Strafrecht gebundenes Ermessen ist, so hat es nicht viel Sinn, nur um den Grad der Bindung zu bezeichnen, zwischen einem gebundenen und einem freien Ermessen, wobei zwischen beiden nur noch ein relativer, quantitativer Unterschied ist, zu unterscheiden. Denn wo ist zwischen beiden Arten die Grenze zu ziehen? Und wenn die Begriffe gebundenes und freies Ermessen nur zur Bezeichnung des quantitativen Unterschiedes weiter verwendet werden, liegt die Gefahr der Verwechslung mit den früheren Begriffen nur allzu nahe. Auch ist der sprachliche Ausdruck „gebundenes Ermessen" und „freies Ermessen", wie Merkl nachweist[38]), sehr schlecht. Aus diesen Gründen werden wir in allen Fällen, in denen das Gesetz dem Richter Freiheit gewährt, nur von richterlichem Ermessen reden, und die Unterscheidung zwischen gebundenem und freiem Ermessen aufgeben. Dabei sind wir uns bewußt, daß dieses Ermessen durch Zweck und Aufgabe des Gesetzes, durch das Rechtsbewußtsein des Volkes, durch die Äußerungen des Führers und die Lebensnotwendigkeiten der Nation gebunden ist. Zwar kann der Ermessensspielraum ein geringerer oder größerer sein, was nur im Einzelfall auf Grund der jeweiligen Bestimmung festzustellen ist. Grundsätzlich aber ist die Art des Ermessens dieselbe.

Auch dann handelt es sich um Ermessen, wenn dem Richter die Wertung der normativen Bestandteile im Tatbestand überlassen ist. Franzen[39]) scheidet zwar zwischen „richterlichem Ermessen" und „dehnbaren Begriffen", die er den wertausfüllungsbedürftigen Begriffen gleichsetzt. Er stellt dabei fest, daß der Gesetzgeber mit der Ermessensklausel überhaupt nicht Stellung nehme, während er durch den dehnbaren Begriff noch einen gewissen materiellen Gedanken zum Ausdruck bringe. Er erklärt aber dann sofort, daß die Unterscheidung nur scheinbar erheblich ist; denn es bestehe kein grundsätzlicher Unterschied zwischen „dehnbarem Begriff" und „richterlichem Ermessen"; nur das Maß der Bindung sei verschieden. Ab-

---

[37]) v. Laun, Das freie Ermessen, S. 83.
[38]) Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 154.
[39]) S. 38 ff.

schließend stellt Franzen fest [40]): „So sind also richterliches Ermessen und dehnbarer Begriff im wesentlichen gleichartig". Damit stimmt diese Ansicht grundsätzlich mit der hier vertretenen Meinung überein. Wir bezeichnen also auch die Wertung des Richters bei den normativen Tatbestandselementen als Ermessen, obgleich der Ermessensspielraum im Tatbestand kleiner ist als etwa bei der Strafzumessung oder bei gewissen fakultativen Bestimmungen.

III. Es ist hier zu prüfen, ob der Strafrichter an das Gesetz gebunden ist, und inwieweit ihm im Rahmen dieser Bindung an das Gesetz ein Ermessensspielraum bei der Auslegung und Anwendung des Gesetzes gelassen ist. Die Frage soll hier aber in erster Linie vom Standpunkt des Gesetzgebers aus betrachtet werden, nämlich unter dem Gesichtspunkt, ob von vornherein der Gesetzgeber dem Richter eine Ermessensfreiheit einräumen wollte oder nicht. Daneben ist die andere Betrachtung möglich, inwiefern im Lauf der Zeit durch den Wandel der Auslegungsmethode sich der Richter einen weiteren Raum für sein Ermessen geschaffen hat [41]). Da letztlich alle Begriffe allein dadurch, daß sie in einem bestimmten Sinnzusammenhang stehen, in etwa wertungsbedürftig sind, ist es möglich, daß der Richter in einer Zeit, die erkennt, daß auf die Begehungsart der Tat und auf die Persönlichkeit des Täters mehr Rücksicht zu nehmen ist, zur Wertung von solchen Begriffen und Bestimmungen übergeht, die früher als wertgefüllt und eindeutig feststehend gegolten haben. Auch mit der Erforschung der normativen Bestandteile wurde das Bewußtsein des Richters, selbst zu werten, stark gefördert. Im Positivismus allerdings, der das Gesetz als eindeutig feststehend und rein verstandesmäßig erkennbar ansah, war für eine solche weitere Auslegung kein Raum. In einer Zeit jedoch, die durch Einfügung von normativen Bestandteilen die Tatbestände lockert, ja sogar Tatbestände schafft, die ganz normativ ausgerichtet sind, wird auch eine freiere Auslegungsmethode Platz greifen. Inwieweit nun durch die freiere Auslegungsmethode die richterliche Freiheit gesteigert werden kann, soll nur andeutungsweise beigefügt werden.

Wir haben festgestellt, daß alle richterliche Freiheit zugleich ein Ermessen des Richters bedeutet. Die Freiheit kann sich zeigen bei den normativen Elementen im Tatbestand, zu denen grundsätzlich auch die „Generalklauseln" zu rechnen sind. Sie zeigt sich ferner darin, ob es dem Richter überlassen ist, zu bestimmen, ob eine Rechtsfolge

[40]) S. 40.

[41]) Im Schrifttum als „immanente Strafrechtsreform" bezeichnet.

eintreten soll oder nicht, ferner in der Bestimmung der Rechtsfolgen selbst, also der Auswahl einer bestimmten Strafe aus den Strafrahmen, und in den verschiedenen Möglichkeiten der Strafänderung.

Freiheit oder Gebundenheit des Richters, also die Frage, inwieweit richterliche Entscheidungen durch den Willen des Richters, inwieweit durch den Wortlaut des Gesetzes bestimmt werden, ist nicht nur eine kriminalpolitische, sondern eine allgemeine staatspolitische Frage. Immer findet die jeweilige Staatsauffassung in der Problemlösung ihren Ausdruck. In der Rechtsgeschichte gibt es Zeiten, in denen man durch Einräumung eines weitesten Ermessens dem Richter größtes Vertrauen entgegenbrachte, aber auch Zeiten schroffster Einengung der richterlichen Freiheit. So ist es ein ewiger, uralter Kampf: Gesetz oder Richter. Und in Zeiten des geistigen und staatspolitischen Umbruchs, wie wir sie nach dem Weltkrieg und durch die nationalsozialistische Machtergreifung erlebt haben, rückt die Frage Gesetzesmacht oder Richtermacht wieder in den Brennpunkt des wissenschaftlichen Interesses. Infolge der grundlegenden weltanschaulichen und politischen Umwälzung wird auch diese Frage eine andere Beantwortung finden als früher.

Die jeweilige Stellung zu dieser Frage aufzuzeigen, ist die Aufgabe. Dabei kommt es in erster Linie auf eine Gegenüberstellung der Anschauung des liberalen Rechtsstaates und der des nationalsozialistischen Staates an. Als Übergangsstufe muß aber auch die Stellungnahme der verschiedenen Reformentwürfe zu der Frage der Freiheit oder Gebundenheit des Richters dargelegt werden.

B. Freiheit und Gebundenheit im früheren Gesetz

I. Das Reichsstrafgesetzbuch vom 15. Mai 1871, das noch heute allerdings mit zum Teil sehr wesentlichen Änderungen gilt, beruht fast ganz auf den Grundgedanken der Aufklärung[1]). Der Ausspruch des Kronzeugen der Aufklärung, Voltaire, „frei sein heißt, von nichts anderem als dem Gesetz abhängen“[2]), zeigt klar die Forderung, alles genau und bestimmt im Gesetz festzulegen und nichts dem richterlichen Ermessen zu überlassen, um jede richterliche Willkür zu vermeiden. Deshalb wird von der Aufklärung gefordert, daß die Gesetze lückenlos seien. Darin zeigt sich der rationalistische Gedanke, daß das gesamte Recht restlos kodifiziert werden könnte. Damit wird ferner jedes Gewohnheitsrecht und die Analogie abgelehnt, weil das lückenlose Gesetz keinen Raum dafür bietet. Ferner müssen die Gesetze deutlich und klar sein. Die Freiheit des Individualbereichs muß geschützt und gewahrt bleiben. Deshalb muß aus dem Gesetz klar die Grenze ersehen werden können, innerhalb deren der Staat bzw. die Gesellschaft das Recht hat, in die Freiheit des Individuums einzugreifen. Deshalb werden alle unbestimmten und wertausfüllungsbedürftigen Begriffe abgelehnt, weil die Berechenbarkeit nicht gewährleistet ist und weil sie die Sicherheit des Einzelnen gefährden und der Willkür des Richters Raum bieten. Ja, so weit geht sogar die Forderung der Aufklärer, daß der Richter an den Wortlaut des Gesetzes gebunden und daß ihm die Gesetzesauslegung verboten sein soll, um jede richterliche Willkür auszuschalten[3]).

Dieser engen Bindung des Richters hinsichtlich der Tatbestände entspricht die Bindung hinsichtlich der Rechtsfolgen, der Strafen. Selbstverständlich kann hier die Bindung nicht so starr sein wie in den Tatbeständen. Denn nur durch die Schaffung außerordentlich vieler privilegierter und qualifizierter Sondertatbestände würde es ermöglicht werden, für jede Art der Begehung einer strafbaren Handlung eine bestimmte und entsprechende Strafe im Gesetz festzulegen.

[1]) Drost, Das Ermessen, S. 80, 85; Henkel, Strafrichter und Gesetz, S. 11.
[2]) Pensées sur l'administration publique (XXIII, 526), zit. nach Drost, Das Ermessen, S. 85.
[3]) Hippel, S. 276; Drost, Das Ermessen, S. 88.

Dies ist aber praktisch unmöglich. So will die Aufklärung dem Richter Strafrahmen zur Verfügung stellen, die nach der Schwere der einzelnen strafbaren Handlungen abgestuft sind. Die Strafrahmen sollen jedoch möglichst eng bemessen sein, um nur den notwendigsten Spielraum für den Richter zu lassen. Die Hauptforderung ist jedoch die Verhältnismäßigkeit zwischen Strafe und Tat und damit die Ablehnung einer Verhältnismäßigkeit zwischen Strafe und verbrecherischer Gesinnung [4]). Dies entspricht wieder dem Gedanken, die Einzelpersönlichkeit vor der richterlichen Willkür zu schützen. Denn die Feststellung der verbrecherischen Gesinnung des Täters birgt viel mehr die Gefahr der Willkür in sich als die objektive Feststellung der Tat. Somit bleibt die Gesinnungsfreiheit des Einzelnen stärker geschützt bei einer Proportion von Strafe und Erfolg. Darin liegt jedoch nicht das Prinzip der Vergeltungsstrafe [5]). Die Aufklärung forderte nicht die Wiedervergeltung (Talion), vielmehr stand sie auf dem Standpunkt der Generalprävention [6]). Der Richter soll also eine gewisse Freiheit in der Bestimmung des Maßes der Strafe haben; jedoch sollte ihm nicht oder jedenfalls nur selten die Befugnis zustehen, auch die Art der Freiheitsstrafe zu bestimmen [7]).

Diese Gedanken der Aufklärung wurden mit gewissen Abänderungen im bayrischen Strafgesetzbuch von 1813 durch Feuerbach verwirklicht. Über das preußische Strafgesetzbuch von 1851, das durch das bayrische Strafgesetzbuch stark beeinflußt war [8]), kamen sie in das Reichsstrafgesetzbuch; das Reichsstrafgesetzbuch nämlich ist nur „eine Revision und Verbesserung" des preußischen Strafgesetzbuches von 1851 [9]).

Für die Auffassung über das Verhältnis von Gesetz und Richter war das von Feuerbach geschaffene Gesetz grundlegend. Es hat deshalb auch in diesem Punkt das Reichsstrafgesetzbuch entscheidend beeinflußt [10]). Feuerbach beginnt fest umgrenzte Tatbestände zu schaffen; auf dieser Grundlage baut der Liberalismus des 19. Jahrhunderts weiter. Die unbestimmten Wertbegriffe werden abgelehnt, Analogie und Gewohnheitsrecht zu Ungunsten des Täters durch den Satz nulla poena sine lege ausgeschlossen. In der Auslegung wird der Richter zwar nicht an den Buchstaben des Gesetzes gebunden, jedoch soll der

---

[4]) Drost, Das Ermessen, S. 90.
[5]) v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze II, S. 379.
[6]) v. Hippel, S. 286.
[7]) Drost, Das Ermessen, S. 90.
[8]) Drost, Das Ermessen, S. 120; Henkel, Strafrichter und Gesetz, S. 15.
[9]) v. Hippel, S. 342.
[10]) v. Hippel, S. 296.

Gesetzgeber das dem Richter zustehende Recht der Auslegung begrenzen [11]). Auch bei der Strafzumessung zeigt sich der rechtsstaatliche Individualismus: die relativen Strafbestimmungen werden zwar als „notwendiges Übel" anerkannt; der Ermessensspielraum des Richters aber möglichst eingeschränkt. Vor allem aber soll dem Richter ein fester Maßstab für die Strafzumessung gegeben werden, der das richterliche Ermessen möglichst in Schranken hält.

II. Nach der kurzen Darstellung der allgemeinen Gedanken über das Verhältnis von Gesetz und Richter, die bei der Schaffung des Strafgesetzbuches von 1871 maßgebend waren, soll nun geprüft werden, inwieweit diese Gedanken ihren Niederschlag im Strafgesetzbuch gefunden haben, d. h. inwieweit der Richter an das Gesetz gebunden und in welchem Maße ihm ein Ermessen eingeräumt ist. Bei dieser Betrachtung werden die Änderungen, die nach dem 30. Januar 1933 das Strafgesetzbuch erfahren hat, nicht berücksichtigt. Denn diese Änderungen sind schon Bestandteil des nationalsozialistischen Rechts und werden in dem Teil, der über die Gestaltung des nationalsozialistischen Gesetzes handelt, berücksichtigt werden. Für diesen Teil ist also das Strafgesetzbuch in der Fassung maßgebend, die es bis 30. Januar 1933 gehabt hat.

1. Für den liberalen Rechtsstaat war es selbstverständlich, daß der Richter an das Gesetz gebunden ist. Zwar war ein gewisses Mißtrauen gegenüber der demokratischen Gesetzgebung vorhanden, das seinen Höhepunkt in der Kundgebung des Richtervereins beim Reichsgericht vom 8. Januar 1924 und in dem Aufsatz „Gesetzesdämmerung" von James Goldschmidt [12]) fand. In der Kundgebung hat dieser Richterverein die Ansicht vertreten, der Richter habe das Gesetz nicht anzuwenden, wenn es mit übergesetzlichen Rechtsprinzipien unvereinbar sei [13]). Diese Ansicht wurde jedoch von führenden Männern der Wissenschaft, wie durch Urteile des Reichsgerichts scharf zurückgewiesen [14]). Besonders aber auf dem Gebiete des Strafrechts wurde die Bindung des Richters an das Gesetz allgemein anerkannt. Das Gesamtinteresse forderte das Gesetz. Denn wer wollte es einem Richter überlassen, festzustellen, was strafbar ist oder nicht. Nur das Gesetz konnte in einem Widerstreit der oft verschiedenen Grundan-

---

[11]) Drost, Das Ermessen, S. 112.
[12]) JW 1924/245.
[13]) JW 1924/90; vgl. auch Marschall von Bieberstein, Vom Kampf des Rechts gegen die Gesetze, Stuttgart 1927.
[14]) Franzen, S. 33.

schauungen über die Strafbarkeit den Weg bezeichnen. Die Gesamtheit der Staatsbürger wußte damit genau, welches Tun strafbar ist. Aber auch der Einzelne fordert das Gesetz. Denn erst durch die Bindung des Richters an das Gesetz ist er frei. Wo die Bindung des Richters an das Gesetz fehlt, ist die Möglichkeit der Willkür gegeben. Rechtssicherheit ist nur dann gewährleistet, wenn der Richter an das Gesetz, das klare Begriffe enthält, eindeutig und unveränderlich und damit berechenbar sein muß, gebunden und auf eine rein verstandesmäßige Tätigkeit beschränkt ist. Das Gesetz ist der Schutzwall für die Freiheit des Einzelnen.

So galt als oberster Grundsatz der Strafrechtspflege die Bindung des Richters an das Gesetz [15]). „Nicht Anhaltspunkt oder Richtlinie, sondern Herrscher sei das Gesetz über alle Rechtsprechung. Und Diener des Gesetzes sei der Richter, nicht mehr. Er maße sich nicht an, in ‚freier Rechtsfindung', im Rekurs an die dunklen Welten des ‚Rechtsgefühls', an der Herrschaft des Gesetzes zu rütteln, den Spaten an diesen Schutzwall der persönlichen Freiheit zu legen" [16]). Auch für die frühere (vornationalsozialistische) Strafrechtsreform galt der Satz der richterlichen Bindung an das Gesetz als Selbstverständlichkeit.

Der von Feuerbach geprägte Satz nulla poena sine lege beherrscht deshalb das frühere Gesetz. Er fand seine Festlegung in § 2 StGB; und im Jahr 1919 wurde dieser Grundsatz als Art. 116 in die Weimarer Verfassung aufgenommen. Damit ist die Analogie und das Gewohnheitsrecht zu Ungunsten des Täters ausgeschlossen und das Verbot der Rückwirkung von Strafgesetzen ausgesprochen. Dieser Satz ist der Garant der Freiheit und Rechtssicherheit des Einzelnen, selbst dort, wo es auf Kosten der Rechtsidee und der Gerechtigkeit geht. Er bindet den Richter auch dort, wo das Rechtsgefühl eine andere Lösung verlangt. Der Richter kann also nur solche Taten bestrafen, die das Gesetz für strafwürdig erklärt. Eine Tat, die zwar nach gesunder Volksanschauung und nach der Ansicht des Richters Bestrafung verdienen würde, bleibt straflos, wenn sie nicht die Voraussetzungen eines gesetzlichen Straftatbestands erfüllt. Bestraft wird also nur das Tun, das vom Gesetz ausdrücklich als Unrecht bezeichnet ist, nicht jedes strafwürdige Tun. Damit vertrat das Strafgesetzbuch den Grundsatz der formellen Gerechtigkeit.

Dieser Grundsatz entspringt aber dem Gedanken der Rechtssicherheit. Der Einzelne muß klar erkennen können, was strafbar ist. Das wäre nicht mehr der Fall, wenn der Richter nach seinem Ermessen

[15]) vgl. Heimberger, S. 18.
[16]) Drost, Das Ermessen, S. 148.

das Strafgesetz entsprechend anwenden könnte. Deshalb war im Strafgesetzbuch jede Tatbestandsbildung durch den Richter ausgeschlossen; der Richter war streng an das Gesetz gebunden. Fast allgemein wurde die Bindung als eine Selbstverständlichkeit betrachtet; allerdings gab es auch vereinzelt Stimmen, die den Ausschluß der analogen Anwendung der Strafdrohung nicht billigten, weil diese Art der Gesetzgebung zu ungesundem Formalismus und Scholastizismus führen würde [17]).

Der engen Bindung an das Gesetz entsprach ferner die größtmögliche Bindung des Richters hinsichtlich der Auslegung und Anwendung der Tatbestände. Jeder Staatsbürger sollte aus dem Gesetz eindeutig entnehmen können, ob eine Handlung unter einen Straftatbestand fällt oder nicht. Deshalb wurden die Tatbestände möglichst eindeutig formuliert, so daß der Richter bei der Beurteilung eines Einzelfalls nur eine logische Arbeit zu leisten hat. Das Gesetz liefert den Obersatz, die Handlung des Rechtsbrechers gibt den Untersatz und der Richter hat lediglich die Subsumtion vorzunehmen.

Das Strafgesetzbuch hat in weitem Maße beschreibende (deskriptive) Tatbestände gebildet, die dem Richter keine Ermessensfreiheit einräumen. Die Begriffe, die ein (erkenntnismäßig feststellbares) Sein bezeichnen, sind in der Tatbestandsbildung bevorzugt. Meist werden die Begriffe noch umschrieben, so daß möglichst eindeutig feststeht, was der Gesetzgeber unter dem verwendeten Begriff verstanden haben will. So sagt der Gesetzgeber z. B. nicht: Wer Diebstahl begeht, wird mit Gefängnis bestraft, sondern: wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft.

Aber nicht in allen Fällen konnten die Tatbestände in einer nur beschreibenden Art gebildet werden. Denn einmal würde ein Gesetz mit nur fest umrissenen Tatbeständen leicht zur Erstarrung führen und nicht mehr den sich stets wandelnden Verhältnissen angepaßt sein, und andererseits ist der Gesetzgeber wohl überhaupt nicht in der Lage, von vornherein alle vorkommenden Fälle des Lebens durch eindeutige und klare Begriffe zu regeln. Deshalb finden sich auch im Strafgesetzbuch normative Bestandteile, wertausfüllungsbedürftige Begriffe.

Krüger [18]) stellt zwar fest, daß bis etwa zum Ende des ersten Jahrzehnts des 20. Jahrhunderts die Tatbestandselemente „unzweifelhaft als Seinsbegriffe" gegolten haben, und erst durch die Entdeckung der normativen Bestandteile sei diese Ansicht erschüttert worden. Aber

[17]) Wach, Blätter für Gefängniskunde, 36. Bd., S. 16.
[18]) ZStW 54/635.

tatsächlich waren normative Bestandteile schon immer im Gesetz vorhanden, wenn auch erst nach dem Kriege vielleicht ganz erkannt wurde, daß sie für den Richter große Freiheit bedeuten, weil er sie selbständig zu werten hat[19]). Aber auch schon bevor die normativen Elemente als solche erkannt worden sind, bildeten sie sozusagen unbewußt die Eingangspforte für das richterliche Ermessen. Tatsächlich mußte der Richter auch schon früher bei der Anwendung des Gesetzes eine gewisse Wertung vornehmen. Nicht umsonst kommen schon früh Angriffe gegen die „unbestimmten" Begriffe des Strafgesetzbuchs. So verlangt z. B. Heine[20]) im Jahre 1903, daß die Strafgesetze schärfer formuliert werden, um der Richterwillkür vorzubeugen.

Die echten normativen Bestandteile des Tatbestands im einzelnen festzustellen, ist nun deshalb nicht einfach, weil es verschiedene Begriffe gibt, die auf der Grenze liegen, und von denen nicht gesagt werden kann, daß sie stets einer Wertung durch den Richter bedürfen. Auch darf der Gedanke der wertausfüllungsbedürftigen Begriffe nicht überspannt werden. Denn schließlich sind die meisten Begriffe irgendwie zu werten. Hier aber sollen nur diejenigen Begriffe als wertausfüllungsbedürftig angeführt werden, die unbedingt oder doch in erheblichem Maße einer Wertung durch den Richter bedürfen.

Die normativen Bestandteile, die eine sittliche Wertung erfordern, sind die Begriffe „Unzucht" und „unzüchtig" in §§ 174, 175, 176, 183 StGB. Dazu gehört die „Unbescholtenheit" in § 182 und die „Eignung, Ärgernis zu erregen" in § 184 b StGB. Sozialer und kultureller Wertung bedürfen die Begriffe „verächtlich" der §§ 131, 134 a, 186 StGB und „beschimpfender Unfug" in §§ 135, 166, 168 StGB. Begriffe, die durch biologische Wertung ausgefüllt werden, sind: „Krankheit", besonders „Geisteskrankheit" in §§ 51, 223, 224 StGB, „Siechtum" in § 224 StGB. Zu dieser Gruppe kann man vielleicht noch den Begriff der „Mißhandlung" des § 223 StGB nehmen. Wertung auf Grund allgemeiner Erfahrung bedürfen etwa die Begriffe „hilflos" in § 221 und „wehrlos" in § 223 a StGB. Hinsichtlich des Grades bedürfen einer Bewertung die Begriffe „Geringwertigkeit" in §§ 248 a, 264 a StGB und „übermäßig" in § 240 Ziff. 1 KO.

Damit dürften die wichtigsten echten normativen Bestandteile der Tatbestände genannt sein. Sie sind im Rahmen des ganzen Strafgesetzes ziemlich spärlich. Nur sie gewähren dem Richter wirklich

---

[19]) Die von Drost gewählte Bezeichnung für die Wertung der normativen Bestandteile durch den Richter als „verstecktes" Ermessen ist sehr bezeichnend.

[20]) Zur Reform des Strafrechts, Sozialistische Monatshefte 1903, S. 32.

einen, wenn auch geringen, Ermessensspielraum. Abstrakte Begriffe, die auf einen bestimmten Fall ohne Wertung durch den Richter mittels logischer Schlußfolgerungen angewendet werden, bedeuten keine Lockerung der Bindung an das Gesetz, keine Freiheit für den Richter. Wenn auch gegen diese Begriffe zum Teil Sturm gelaufen worden ist, so kam es aus der Erwägung heraus, daß das Gesetz der Rechtssicherheit wegen so eindeutig sein soll, daß auch nicht die Möglichkeit einer logisch falschen Anwendung durch den Richter besteht. Das Strafgesetzbuch hat also dem Gedanken der Ausschaltung des richterlichen Ermessens bei der Auslegung der Tatbestände dadurch Rechnung getragen, daß es bei der Bildung der Tatbestände möglichst viel eindeutige Begriffe verwendete, die keine Wertung durch den Richter erfordern.

2. Das Strafgesetzbuch enthält keine Bestimmung darüber, was unter „Vorsatz" und „Fahrlässigkeit" verstanden werden soll. Daraus aber zu schließen, daß der Richter Freiheit habe, wäre verkehrt. Es kommt für diese Frage nur darauf an, ob die Begriffe Seinsbegriffe oder wertausfüllungsbedürftige Begriffe sind. Denn auch ein Seinsbegriff ohne Begriffsbestimmung bindet den Richter. Allerdings kann durch die Begriffsbestimmung die Anwendung eines Seinsbegriffs erleichtert werden. Diese Arbeitserleichterung ist aber nicht gleichbedeutend mit Freiheit. Und andererseits läßt ein wertausfüllungsbedürftiger Begriff mit einer normativ gehaltenen Begriffsbestimmung dem Richter trotzdem eine gewisse Freiheit.

Vorsatz ist Kenntnis der Tatumstände und Wollen des Erfolgs. Ob der Täter die Tatumstände gekannt hat, und ob er den Erfolg gewollt hat, ist vom Richter als Tatsache festzustellen. Zwar handelt es sich dabei um Feststellung von subjektiv-psychischen Vorgängen. Aber auch diese sind rein erkenntnismäßig vom Richter festzustellen. Eine Wertung ist dabei nicht erforderlich. Vorsatz ist also ein Seinsbegriff, bei dem strenge gesetzliche Gebundenheit besteht [21]). Dagegen ist Fahrlässigkeit ein normativer Begriff [22]). Denn er erfordert eine

[21]) Ebenso Thierfelder, S. 59. A. M. Heimberger, S. 19; Schaffstein, Politische Strafrechtswissenschaft, S. 11, bezeichnet „Rechtswidrigkeit" und „Schuld" als wertausfüllungsbedürftige Begriffe. Der Begriff „Rechtswidrigkeit" ist nicht wertausfüllungsbedürftig. Eine Handlung ist dann rechtswidrig, wenn sie einen gesetzlichen Tatbestand erfüllt und wenn keine Unrechtsausschließungsgründe vorliegen. Wenn der Richter also festgestellt hat, daß eine Handlung tatbestandsmäßig ist und daß Unrechtsausschließungsgründe nicht vorliegen, dann hat er nur durch einen logischen Schluß festzustellen, daß die Handlung deshalb auch rechtswidrig ist. Vgl. dazu auch Krüger, ZStW 54, S. 654, bes. S. 664. Über den nationalsozialistischen Vorsatzbegriff s. u. S. 59.

[22]) Mezger, Vom Sinn, S. 227; Krüger, ZStW 55/90, 97; Thierfelder, S. 59.

Wertung nach allgemeinen Anschauungen des täglichen Lebens. Der Richter hat nach seinem Ermessen festzustellen, ob der Täter im Einzelfall nicht die erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen hat, ob er nicht hätte anders handeln müssen, als wie er gehandelt hat.

Damit wird die Streitfrage nicht berührt, ob Vorsatz und Fahrlässigkeit als die beiden Schuldarten angesehen werden, also schlechthin „die Schuld" sind, oder ob sie nur Schuldelemente oder Schuldformen sind, d. h. also ob zur Schuld neben Vorsatz und Fahrlässigkeit die Zurechnungsfähigkeit des Täters und das Fehlen von Schuldausschließungsgründen gehört[23]). Im ersten Fall sind Zurechnungsfähigkeit und das Fehlen der übrigen Schuldausschließungsgründe nur Voraussetzung, nicht Bestandteil der Schuld. Zur Schuld im weiteren Sinne gehört zwar Vorwerfbarkeit. Das Schuldurteil ist nicht bloß die Feststellung eines psychologischen Sachverhalts, sondern ist auch ein Werturteil über den Schuldsachverhalt (normative Schuldauffassung). Die Wertung ist aber nicht bei der Feststellung, ob der Täter vorsätzlich gehandelt hat, möglich, sondern nur bei der Prüfung der Zurechnungsfähigkeit und der Schuldausschließungsgründe. Denn diese Bestimmungen sind zum Teil normativ gestaltet (z. B. § 51 StGB, § 58 StGB, § 3 JGG), und ermöglichen daher eine Wertung durch den Richter. Ob man nun diese Wertung selbständig d. h. unabhängig von der Prüfung der Frage, ob Vorsatz gegeben ist, als Voraussetzung für die weitere Feststellung der Schuld vornimmt, oder ob man sie im Rahmen und als Teil der Schuldfeststellung ansieht, ist mehr eine systematische Frage und ändert an der Tatsache, daß Vorsatz ein Seinsbegriff ist, nichts.

So sehen wir also, daß im Bereich der Schuld der Richter hinsichtlich des Vorsatzes gebunden ist, daß ihm dagegen bei der Fahrlässigkeit ein Spielraum gewährt ist, innerhalb dessen die Ermessensfreiheit zur Geltung kommt. Das Gesetz muß den normativen Begriff der Fahrlässigkeit verwenden. Denn es ist praktisch unmöglich, alle im Leben möglichen Fälle fahrlässigen Handelns beschreibend festzulegen. Gezwungenermaßen muß also das Gesetz hier dem Richter die Ermessensfreiheit einräumen.

3. Die Rechtssicherheit verlangt besonders die Ausbildung und die bestimmte jedes richterliche Ermessen ausschließende Regelung der Gesetzesteile, die die Grundlage für die Strafbarkeit bilden. Der Einzelne muß genau wissen, welche Handlungen vom Staat bestraft werden können. Das Gesetz muß daher in den Teilen, die die Vor-

[23]) vgl. Reinhard Frank, S. 136 ff; Mezger, Lehrbuch, S. 248 ff; Schäfer, Komm. StR I, S. 49 ff; Freisler, Neue StR, S. 69 ff.

aussetzung einer Strafe begründen, bestimmt und berechenbar sein. Das ist im Strafgesetzbuch auch weitgehend der Fall, so daß es wirklich als die „magna Charta des Verbrechers" bezeichnet werden konnte.

Ganz deutlich zeigt sich dies in der Regelung der Unrechts- und der Schuldausschließungsgründe. Zwar gewährt ein Teil dieser Vorschriften dem Richter wenigstens bei der Frage, ob im Einzelfall Unrechts- oder Schuldausschließungsgründe vorliegen, eine gewisse Freiheit; jedoch binden sie den Richter hinsichtlich der Rechtsfolgen. So bestimmte z. B. § 51 StGB, daß eine strafbare Handlung nicht vorhanden ist, wenn der Täter zur Zeit der Begehung der Handlung unzurechnungsfähig ist. Der Richter hatte also nur festzustellen, ob der Täter zurechnungsfähig war oder nicht, und je nachdem zu bestrafen oder freizusprechen. Diese Bestimmung bedeutet gegenüber der neuen Regelung des § 51 StGB eine starre Bindung des Richters an das Gesetz; zudem ist der Richter bei der früheren Bestimmung in bestimmten Fällen zu ungerechten Entscheidungen gezwungen. Ähnlich ist es bei der Überschreitung der Notwehr in § 53 III StGB. Der Richter hat nur die Möglichkeit entweder frei zu sprechen, wenn die Voraussetzungen gegeben sind oder zu bestrafen, wenn diese nicht vorliegen. Ganz anders stellt die nationalsozialistische Regelung der Überschreitung der Notwehr den Richter[24]). Nach ihr k a n n der Richter die Strafe mildern, oder in Ausnahmefällen ganz von Strafe absehen. In diesem Fall ist dem Richter ein weiter Ermessensspielraum überlassen worden.

III. Das Strafgesetzbuch bindet den Richter ziemlich stark bei der Feststellung, ob eine Tat bestraft werden kann. Eine ebenso starke Bindung hinsichtlich der Bestimmung der Strafen konnte aber nicht durchgeführt werden, weil ein Gesetz mit absoluten Strafen undenkbar ist. Denn die Kasuistik müßte dabei ins Unermeßliche gesteigert werden. So muß das Gesetz bei der Strafzumessung dem richterlichen Ermessen einen größeren Spielraum einräumen. Jedoch ist die dem Richter gewährte Freiheit in verschiedener Weise wieder beschränkt worden.

1. Das Strafgesetzbuch hat als absolute Strafen, die den Richter unbedingt binden und jedes Ermessen ausschließen, nur die Todesstrafe in den §§ 80 und 211 StGB ausgesprochen. Zwar ist auch lebenslängliches Zuchthaus in gewissem Sinn eine absolute Strafe. Doch ist in allen Fällen entweder gleichzeitig eine zeitige Freiheitsstrafe angedroht, oder doch die Möglichkeit der mildernden Umstände gegeben,

[24]) Komm. StR I, S. 90.

so daß die Festsetzung der Strafe doch wieder dem Ermessen des Richters anheimgestellt ist.

In den meisten Fällen stellt das Strafgesetzbuch einen Strafrahmen zur Verfügung, innerhalb dessen der Richter die entsprechende Strafe nach seinem Ermessen zu finden hat. Allerdings wird das Ermessen dadurch wieder eingeengt, daß das Gesetz in sehr vielen Fällen entweder eine Mindeststrafe, unter die der Richter nicht heruntergehen kann, oder eine Höchststrafe, die er nicht überschreiten darf, bestimmt. Bei verschiedenen Tatbeständen sind ferner verschiedene Strafarten angedroht, die wahlweise oder nebeneinander verhängt werden können. Dadurch ist das richterliche Ermessen wieder erhöht.

Am auffallendsten sind jedoch die kasuistischen Regelungen vieler Tatbestände im Strafgesetzbuch. Der Grundtatbestand wird im Gesetz abgewandelt, so daß er als verschärft (qualifiziert) oder gemildert (privilegiert) gilt. Dann können für den Grundtatbestand und für die verschärften oder gemilderten Fälle je besondere und engere Strafrahmen ausgesetzt werden, durch die das Gesetz sein Unwertsurteil zum Ausdruck bringt. Der Richter ist durch diese Regelung weit mehr gebunden, als wenn das Gesetz einen weit gefaßten allgemeinen Tatbestand aufstellt, unter den möglichst alle Fälle passen und der deshalb einen sehr weiten Strafrahmen haben muß, innerhalb dessen der Richter eine dem Einzelfall angemessene Strafe auswählen kann.

Ein Beispiel kasuistischer Regelung sind die §§ 267, 268 StGB. Sie bestimmen, daß die Urkundenfälschung grundsätzlich mit Gefängnis bestraft wird; wenn sie jedoch in der Absicht begangen wird, sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einen anderen zu schädigen, wird sie bestraft, wenn

1.) die Urkunde eine Privaturkunde ist, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren, neben welchem auf Geldstrafe bis zu 3000 Mark erkannt werden kann;
2.) die Urkunde eine öffentliche ist, mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren, neben welchem auf Geldstrafe von 150 bis zu 6000 Mark erkannt werden kann.

Gegenüber dieser kasuistischen Bestimmung im Strafgesetzbuch lautet der nationalsozialistische Vorschlag der amtlichen Strafrechtskommission [25]): „Wer eine unechte Urkunde zur Täuschung im Rechtsverkehr herstellt, wird mit Gefängnis bestraft. In besonders schweren Fällen, insbesondere bei gewerbsmäßiger Begehung der Tat, ist die Strafe Zuchthaus.

---

[25]) Komm. StR II, S. 365.

Ebenso wird bestraft, wer eine unechte Urkunde zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht". Es ist ohne weiteres einleuchtend, daß die Bestimmung des Strafgesetzbuchs den Richter bei der Strafzumessung nicht ebenso freistellt wie die neue Regelung. Nach der nationalsozialistischen Regelung ist in Zukunft dem Richter ein sehr weiter Ermessensspielraum gegeben. Als weitere Beispiele kasuistischer Regelung seien angeführt: die Freiheitsberaubung § 239, Begünstigung §§ 257, 258, mittelbare Falschbeurkundung §§ 271, 272, Brandstiftung §§ 306—309 StGB.

Innerhalb des vom Strafgesetzbuch zur Verfügung gestellten Strafrahmens kann der Richter die entsprechende Strafe auswählen. Dabei ist sein Ermessen abgesehen von einigen wenigen Bestimmungen nicht durch besondere Strafzumessungsvorschriften eingeengt. Das Geldstrafengesetz von 1923, das die alten §§ 27—29 StGB durch neue Bestimmungen ersetzte, brachte dem Richter eine erweiterte Ermessensfreiheit etwa durch die Vorschriften der §§ 27 a, 27 c und 29 StGB.

Die Freiheit, die das Strafgesetzbuch dem Richter gewährt, wurde jedoch nicht überall gebilligt. So forderte z. B. Kahl [26]) Einschränkung des richterlichen Ermessens durch gesetzliche Strafzumessungsgründe, da die Weite der gesetzlichen Strafrahmen zur Ungleichheit und damit zur Ungerechtigkeit führe, falls die Freiheit im Gebrauch der Strafmaße nicht einigermaßen reguliert werde. v. Liszt [27]) stellte fest, daß die Strafrahmen „wahrlich mehr als weit genug seien", Lammasch [28]) bezeichnete es als Kardinalfehler, daß das Strafgesetzbuch viel zu wenige und viel zu weite Strafrahmen aufstellte, und Heine [29]) verlangte Einengung des richterlichen Ermessens hinsichtlich der Strafmaße, nicht mechanische Vereinheitlichung der Freiheitsstrafen, sondern weitere Differenzierung.

2. Freiheit oder Gebundenheit des Richters zeigt sich ferner darin, inwieweit das Gesetz dem Richter die Befugnis der Strafänderung einräumt. Auffallend ist, daß das Strafgesetzbuch nur einen allgemeinen Strafmilderungsgrund kennt, nämlich die Jugendlichkeit, und keinen allgemeinen Strafschärfungsgrund.

Das Strafgesetzbuch hat zwar die „mildernden Umstände" eingeführt. Es läßt sie aber nicht allgemein zu, sondern nur bei bestimmten Straftatbeständen. Dabei bestimmt das Gesetz bei jedem Tatbestand wieder den niedereren Strafrahmen. Der Richter ist also in zweifacher

---

[26]) Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages 1903, III. Bd., S. 236.
[27]) ZStW Bd. 9, S. 777.
[28]) GS 44/193.
[29]) Sozialistische Monatshefte 1903, S. 32.

Weise gebunden. Denn einmal kann er nur in den vom Gesetz bezeichneten Fällen die Strafe mildern, und andererseits ist er an den vom Gesetz aufgestellten Strafrahmen gebunden. Allerdings ist dem Richter insofern wieder eine gewisse Freiheit eingeräumt, als das Gesetz nicht bestimmt, was „mildernde Umstände" sind, d. h. unter welchen Voraussetzungen der Richter mildernde Umstände annehmen darf [30]). Ein ähnliches Ermessen läßt das Gesetz dem Richter bei der Bestimmung der „minder schweren Fälle" in §§ 90, 94, 96 StGB.

Der Versuch ist gemäß § 44 StGB milder zu bestrafen. Der Richter kann also nicht nach seinem Ermessen entweder die gleiche Strafe wie bei Vollendung der Tat oder eine mildere Strafe verhängen, sondern er m u ß in jedem Falle eines strafbaren Versuchs die Strafe mildern. Darin kommt auch der Vergeltungsgedanke, der das Strafgesetzbuch beherrscht, zum Ausdruck. Auch die Regelung des Rücktritts vom Versuch bedeutet für den Richter Bindung. § 46 StGB schreibt nämlich verpflichtend vor, daß unter den dort angeführten Voraussetzungen der Versuch straflos bleiben muß.

Auch durch die Regelung der Anstiftung und Beihilfe ist der Richter gebunden. Nach § 48 StGB muß der Richter die Strafe für den Anstifter dem Gesetz entnehmen, das auf die Tat Anwendung findet, zu welcher dieser angestiftet hat. Beim Gehilfen m u ß aber der Richter gemäß § 49 StGB die Strafe nach Versuchsgrundsätzen mildern. Dagegen gewährt § 60 StGB wieder eine Ermessensfreiheit, der bestimmt, daß die erlittene Untersuchungshaft auf die erkannte Strafe ganz oder teilweise angerechnet werden kann.

Das Strafgesetzbuch kennt keinen allgemeinen Strafschärfungsgrund. Dagegen hat das Gesetz in einer Anzahl von Tatbeständen eine schwerere Bestrafung von dem Vorhandensein bestimmter, im Besonderen Teil kasuistisch aufgeführter erschwerender Umstände abhängig gemacht. Daneben kennt das Strafgesetzbuch noch Strafschärfung bei Rückfall und bei gewerbs- oder gewohnheitsmäßiger Begehung. Eine Strafschärfung beim Rückfall ist jedoch nur in vier vom Gesetz bezeichneten Fällen unter ganz bestimmten Voraussetzungen möglich: beim Diebstahl § 244, Raub § 250 Nr. 5, Hehlerei § 261 und Betrug § 264 StGB. Ebenso ist die Strafschärfung bei gewerbs- oder gewohnheitsmäßiger Begehung nur in den vom Gesetz besonders bezeichneten Tatbeständen möglich, z. B. bei Abtreibung § 218, Hehlerei § 260, Wucher § 302 d StGB. So ist also der Richter auch bei der Strafschärfung ziemlich gebunden. Denn die Fälle, in denen sie eintreten kann, und die Voraussetzungen der Strafschärfung

[30]) vgl. auch Kahl, Vergl. Darst., Allg. Teil I, S. 18.

sind vom Gesetz bindend vorgeschrieben. Allerdings kann der Richter aus den ihm zur Verfügung gestellten erhöhten Strafrahmen wieder nach seinem Ermessen die Strafe entnehmen.

Die Bestimmung der Strafe beim Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen läßt zwar nach dem Strafgesetzbuch dem richterlichen Ermessen einen gewissen Spielraum, jedoch wird die Ermessensfreiheit nach der nationalsozialistischen Regelung größer werden [31]).

3. Die im Strafgesetzbuch verschiedentlich geregelten Nebenstrafen räumen dem Richter zum Teil ein Ermessen ein, zum Teil bedeuten sie strenge Bindung. Ein richterliches Ermessen gewähren z. B. die fakultativen Bestimmungen der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte in § 32 StGB, wobei allerdings das Ermessen durch Bestimmungen im Besonderen Teil, welche die Aberkennung verpflichtend vorschreiben, wieder eingeschränkt wird (z. B. §§ 161, 181, 302 d, 45 StGB) und der Ausspruch über die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter in § 35 StGB. Dagegen binden die Vorschriften über die Bekanntmachungsbefugnis der §§ 165, 200 StGB den Richter wieder streng an das Gesetz.

Die Einziehung von Gegenständen, die durch ein Verbrechen oder Vergehen hervorgebracht oder die zu solchen Handlungen gebraucht oder bestimmt sind, ist nach § 40 StGB fakultativ vorgeschrieben. Allerdings ist die richterliche Freiheit wieder durch einige Bestimmungen im Besonderen Teil, welche die Einziehung dem Richter verpflichtend vorschreiben (z. B. §§ 152, 284 b, 295, 296 a StGB), eingeschränkt.

Auf die Zulässigkeit von Polizeiaufsicht kann der Richter in den durch das Gesetz vorgesehenen Fällen erkennen, § 38 StGB. Das Gesetz schreibt zwar dem Richter vor, in welchen Fällen er diese Maßnahmen verhängen kann, überläßt es aber im Einzelfall dem richterlichen Ermessen, ob diese Maßnahme erforderlich und damit auszusprechen ist.

Als Vorläufer der im nationalsozialistischen Staat eingeführten Maßregeln der Sicherung und Besserung kannte das Strafgesetzbuch nur die Überweisung an die Landespolizeibehörde, die dadurch die Befugnis erhielt, den Verurteilten in ein Arbeitshaus oder statt dessen in besonderen Fällen in eine Besserungs- oder Erziehungsanstalt oder in ein Asyl einzuweisen, § 362 StGB. Diese Maßregel war zwar nur in bestimmten Fällen möglich (§361 Ziff. 3—8, § 181 a, § 285 a StGB), jedoch wurde die Verhängung in das Ermessen des Richters gestellt.

---

[31]) Komm. StR I, S. 239.

Für Jugendliche war nach dem Strafgesetzbuch die Unterbringung in eine Familie oder in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt möglich. Das Jugendgerichtsgesetz von 1923 vermehrte jedoch die Erziehungsmaßregeln, wodurch dem richterlichen Ermessen ein größerer Spielraum gewährt wurde. Im übrigen hat das Jugendgerichtsgesetz die richterliche Freiheit gegenüber den Bestimmungen der §§ 55—57 StGB wesentlich erhöht. So ist nicht nur die Anordnung einer Erziehungsmaßregel dem Ermessen des Richters überlassen, sondern auch die Prüfung, ob eine Erziehungsmaßregel ausreichend ist, in welchem Fall von Strafe abzusehen ist. Darüber hinaus aber kann der Richter gemäß § 9 IV JGG in besonders leichten Fällen von Strafe überhaupt absehen.

IV. Die Strafprozeßordnung hat dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum eingeräumt. Dafür war der Gedanke maßgebend, daß das Verfahrensrecht an die Besonderheiten des einzelnen Falles angepaßt werden müsse, und daß deshalb eine starre Bindung des Richters durch Muß-Vorschriften unzweckmäßig ist. So finden wir die Ermessensfreiheit beispielsweise bei der Verbindung oder Trennung zusammenhängender Strafsachen §§ 4, 237 StPO[32]), beim Absehen von der Vereidigung § 58 StPO, bei der Auswahl der Sachverständigen § 73 StPO, bei der Durchsuchung § 102 StPO, bei der Verhaftung § 112 StPO, bei der Entbindung des Angeklagten von der Erscheinenspflicht § 233 StPO.

Was hier jedoch besonders zu beachten ist, sind die Bestimmungen der §§ 153, 154 StPO, die durch Verordnung im Jahre 1924 in die StPO eingefügt wurden. Vor 1924 war die Staatsanwaltschaft grundsätzlich verpflichtet, wegen sämtlicher strafbaren Handlungen, sofern zureichende Anhaltspunkte vorlagen, einzuschreiten und Klage zu erheben. Der Richter konnte dann nur entweder verurteilen oder freisprechen. Seit der Verordnung von 1924 bzw. seit der Notverordnung von 1931 werden geringfügige Übertretungen überhaupt nicht mehr verfolgt. Ist jedoch die Klage bereits erhoben, so k a n n der Richter mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen. Bei geringfügigen Vergehen, d. h. wenn die Schuld des Täters gering und die Folgen der Tat unbedeutend sind, kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Amtsrichters von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen; ist die Klage bereits erhoben, so kann der Richter mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft das Verfahren ein-

[32]) zit. nach der StPO in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. III. 1924 ohne Berücksichtigung der Änderungen seit 1933.

stellen. Durch diese Bestimmung des § 153 StPO ist es dem Richter zusammen mit der Staatsanwaltschaft überlassen, nach ihrem Ermessen von der Einleitung oder weiteren Durchführung eines Strafverfahrens abzusehen. Eine ähnliche Bestimmung ist die des § 154 StPO. So sehen wir also, daß die §§ 153, 154 StPO dem Richter eine weitgehende Freiheit einräumen. Denn am schwersten wiegt dasjenige Ermessen, das darüber befindet, ob überhaupt eine Strafverfolgung eingeleitet und bis zur Bestrafung durchgeführt werden soll.

C. Freiheit und Gebundenheit in den Reformentwürfen.

Die Bestrebungen zur Reform des Strafgesetzbuches von 1871 bestehen seit etwa einem halben Jahrhundert. Die Entwicklung Deutschlands zum Industrie- und Handelsstaat, die eine Verschiebung aller Lebensverhältnisse mit sich brachte, im Zusammenhang damit das Hervortreten der Arbeiterfrage als soziales Problem, ferner die wissenschaftliche Erkenntnis auf dem Gebiete der Psychologie, die Vertiefung der Anschauungen über die Ziele des Strafrechts, insbesondere auch über Sinn und Zweck der Strafe und nicht zuletzt das Entstehen neuer politischer Anschauungen hat mehr und mehr zur Überzeugung aller Sachverständigen geführt, daß das Strafgesetzbuch einer umfassenden Reform bedürfe. Deshalb wurde im Jahre 1902 auf Veranlassung des damaligen Staatssekretärs im Reichsjustizamt ein „freies wissenschaftliches Komitee" gebildet, dessen Mitglieder als Vorarbeit für die Strafrechtsreform die im Jahre 1909 abgeschlossene 16bändige „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts" schufen.

Als erster Entwurf wurde im Jahre 1909 der von 5 Praktikern verfaßte „Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch" mit zwei Bänden Begründung veröffentlicht. Als Gegenvorschlag schufen vier Rechtslehrer im Jahre 1911 den Gegenentwurf zum Vorentwurf. Auf dieser Grundlage wurde dann von einer aus Praktikern und Rechtslehrern bestehenden Kommission der Entwurf von 1913 aufgestellt, der aber infolge des inzwischen ausgebrochenen Weltkriegs erst im Jahre 1920 veröffentlicht wurde. Gleichzeitig wurde der Entwurf von 1919, der die Erfahrungen der Kriegszeit und den während der Kriegsjahre und durch den Umsturz von 1918 eingetretenen Wandel der Anschauungen berücksichtigte, veröffentlicht.

Im Zusammenwirken der deutschen und österreichischen Justizverwaltung wurde ein neuer für beide Länder bestimmter Entwurf aufgestellt, der im Jahre 1922 durch den Reichsjustizminister Dr. Radbruch der deutschen Reichsregierung vorgelegt aber nicht veröffentlicht wurde. Dieser Entwurf wurde mit den von der Reichsregierung vorgenommenen Änderungen im November 1924 dem Reichsrat vorgelegt und 1925 als „Amtlicher Entwurf eines Allge-

meinen Deutschen Strafgesetzbuches" veröffentlicht. Der Entwurf 25 wurde nach sorgfältiger Prüfung durch die Landesregierungen und in den Ausschüssen des Reichsrats mit den inzwischen erfolgten Abänderungen als Entwurf 1927 dem Reichstag der III. Wahlperiode zur Beschlußfassung vorgelegt. Infolge der am 31. 3. 1928 erfolgten Reichstagsauflösung wurde der Entwurf 27 mit Hilfe eines Überleitungsgesetzes erneut als Vorlage für den Reichstag der IV. Wahlperiode bestimmt. Der Entwurf konnte aber auch in dieser Periode trotz vieler Sitzungen nicht ganz durchberaten werden, weil der Reichstag am 18. 7. 1930 wieder aufgelöst worden ist. Durch den Antrag vom 6. 12. 1930 wurde der Entwurf 27 mit den auf Grund der bisherigen Beratungen erfolgten Änderungen als Grundlage dem Reichstag der V. Wahlperiode vorgelegt. Wegen der verworrenen parlamentarischen Lage mußten aber im Frühjahr 1932 die Beratungen und damit die ganze Reformarbeit vorläufig eingestellt werden.

Wenn auch keiner der Reformentwürfe Gesetz geworden ist, so haben sie doch das strafrechtliche Denken und damit mittelbar auch die Auslegung und Anwendung des geltenden Strafgesetzes beeinflußt. Darüber hinaus zeigt sich sogar eine unmittelbare Auswirkung der Reformarbeiten in gewissen Abänderungen des Strafgesetzbuchs, wie sie z. B. durch die Einführung des Jugendgerichtsgesetzes von 1923 und des Geldstrafengesetzes von 1923 erfolgt sind, und wodurch dem Richter ein größeres Maß von Freiheit gewährt wurde als nach den früheren Bestimmungen. In den Reformentwürfen spiegeln sich aber auch die strafrechtlichen Auffassungen jener Zeit und die jeweiligen Ansichten über die Frage der Stellung des Richters zum Gesetz.

Aus der Erkenntnis heraus, daß das Strafgesetzbuch zu starr ist und den Richter zu sehr bindet, kam die Forderung, das Strafgesetz zu lockern. Dem Richter sollte ein größerer Ermessensspielraum eingeräumt werden, damit er dem Einzelfall besser gerecht werden und die persönliche Veranlagung des Täters stärker berücksichtigen könne. Besonders die moderne (soziologische) Schule trat für stärkste Berücksichtigung der Täterpersönlichkeit ein; deshalb vertrat sie auch den Standpunkt der Spezialprävention. Aber auch die klassische Schule, die am Vergeltungsgedanken und an der Generalprävention festhielt, war durchaus geneigt, die allzu große Starrheit des Strafgesetzbuchs zu lockern und das Gesetz den geänderten Verhältnissen anzupassen.

Sowohl die klassische wie die moderne Schule waren sich aber darin einig, daß hinsichtlich der Voraussetzungen der Strafbarkeit der Richter streng gebunden bleiben soll. Die Analogie bleibt ausgeschlossen, die Tatbestände des Besonderen Teils werden zwar erweitert, aber

doch selten durch normative Bestandteile ergänzt, und die sonstigen Strafbarkeitsvoraussetzungen jeweils möglichst genau geregelt.

Dagegen zeigen sich die Unterschiede der Schulen und der Entwürfe deutlich bei den Bestimmungen über Strafauswahl und Strafzumessung. Wird einerseits eine größtmögliche Ausdehnung des richterlichen Ermessens verlangt, so wird andererseits gefordert, daß das richterliche Ermessen beschränkt werde aus Furcht vor der ungleichen Behandlung und vor dem Abgleiten der Strafzumessung in allzu große Milde, wodurch der Gedanke der Vergeltung mißachtet würde.

Neben den Strafen werden dem Richter Maßnahmen der Sicherung und Besserung zur Verfügung gestellt, die tief in die Freiheit des Einzelnen eingreifen. Die Strafrahmen werden weiter; der Richter kann unter bestimmten Voraussetzungen zwischen Zuchthaus, Gefängnis und Einschließung wählen. Der Gewohnheitsverbrecher kann strenger bestraft werden und bei „besonders schweren Fällen" kann der Richter die Strafe erhöhen. Besonders aber werden die Möglichkeiten der Strafmilderung ausgebaut. Neben den mildernden Umständen ist bei den „besonders leichten Fällen" Strafmilderung nach dem Ermessen des Richters möglich, ja sogar in vielen Fällen ist es dem Richter gestattet, von Strafe ganz abzusehen. Daneben hat der Richter die Möglichkeit des bedingten Straferlasses. Außerdem besteht noch eine Reihe gesetzlicher Milderungsgründe.

Schon der VE, der in dem Streit der Schulen keine ausschließliche Stellung eingenommen hat, bringt eine wesentliche Erweiterung der richterlichen Freiheit. Wenn sich auch dieser erste Entwurf bei der Formulierung seiner Tatbestände des Besonderen Teils von der „Starrheit und Kasuistik„ des Strafgesetzbuchs in erheblichem Maße losgesagt und seine Bestimmungen „elastischer" gestaltet hat [1]), so ist jedoch gerade hier das richterliche Ermessen kaum erweitert worden, weil in den Verbrechenstatbeständen des VE nur selten Begriffe verwendet wurden, die wertungsbedürftig sind. Dagegen ist die Steigerung der Ermessensfreiheit bei der Strafzumessung erfolgt: durch die Aufgabe der Kasuistik wurden weite Strafrahmen erforderlich; der Richter kann die bedingte Strafaussetzung (§ 38), die Unterbringung in einem Arbeitshaus, in einer Trinkerheilanstalt oder in einer Heil- oder Pflegeanstalt aussprechen (§§ 42, 43, 65); ferner kann der Richter bei „besonders schweren Fällen" (§ 84) und bei gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechern (§ 89) die Strafe erhöhen und allgemein Verschärfungen der Zuchthaus- und Gefängnisstrafen anordnen (§ 18); in den „besonders leichten Fällen" kann das Gericht die

[1]) VE Begründung, S. X.

Strafe nach freiem Ermessen mildern und, wo dies vom Gesetz zugelassen ist, von Strafe ganz absehen (§ 82). Ferner ist dem Richter noch in einer Reihe anderer Vorschriften, die die Strafzumessung betreffen, ein Ermessensspielraum überlassen. Zudem sind die Voraussetzungen für die Strafänderung oft mit wertausfüllungsbedürftigen Begriffen umschrieben, damit der Richter in der Lage ist, die Strafe der Täterpersönlichkeit möglichst anpassen zu können.

Die Veröffentlichung des VE rief in weitem Maß die Kritik hervor. Auch zur Erweiterung des richterlichen Ermessens wurde Stellung genommen. So forderte z. B. Richard Schmidt „die planmäßige Reinigung der Tatbestände von solchen Elementen, die dem richterlichen Ermessen die Findung prinzipiell wichtiger Tatbestands-, Strafschärfungs- oder Milderungskriterien anheimgeben", sowie die Einschränkung und Isolierung der sichernden Maßnahmen [2]).

In sehr scharfer Weise wandte sich Birkmeyer gegen „die maßlose Entfesselung des richterlichen Ermessens" [3]). Das Gesetz verliere seine Bestimmtheit und seine Autorität. Damit werde die freie Rechtsfindung inauguriert und so der Rechtsstaat selbst untergraben. Die Rechtssicherheit, die gerade beim Strafgesetz unerläßlich sei, und die staatsbürgerliche Freiheit der Gesetzesuntertanen sei gefährdet; denn Freiheit des richterlichen Ermessens führe unmerklich zu richterlicher Willkür und werde so zum Grabe der richterlichen Freiheit. Das Vertrauen der Bevölkerung zur Strafjustiz werde vermindert, weil der Schein der Willkür ganz unvermeidlich sei, wenn das Gesetz völlig unberechenbar, vom Ermessen des Richters abhängig sei. Auch werde die Strafe als gerechter empfunden, wenn das objektive Gesetz sie diktiere. Zudem überbürde man dem Strafrichter durch die unbeschränkte Freiheit des Ermessens eine Aufgabe von ungeheurer Schwierigkeit und Verantwortlichkeit.

Von sozialistischer Seite wurde begrüßt, daß der VE in zahlreichen Fällen dem Richter die Möglichkeit gebe, größere Milde walten zu lassen und den besonderen Verhältnissen des Angeklagten, wie den Umständen, unter denen er seine Tat beging, in weitergehendem Maße Rechnung zu tragen, als das geltende Gesetz es erlaube. Dagegen seien nicht alle diejenigen Bestimmungen, die sich gegen das Proletariat richten können, ganz eindeutig und bestimmt gefaßt worden, weshalb im Proletariat das Gefühl wach gerufen worden sei, daß es vor der Gefahr der Klassenjustiz nicht sicher sei [4]).

---

[2]) Die Strafrechtsreform, S. 173/174.
[3]) GS 77, S. 420 ff.
[4]) Lang, Soz. Monatshefte 1909. S. 1592, 1596.

Unter den Äußerungen, die allgemein die größere Richterfreiheit des VE billigten, ist ein Aufsatz von Wach zu erwähnen. Dieser schrieb über die „vertrauensvolle Steigerung" der richterlichen Freiheit: „Zu ihr soll und muß man sich bekennen, wenn man eine gerechte, mit dem Leben Schritt haltende, das Rechtsgefühl befriedigende Justiz, einen volkstümlichen Richterstand haben will. Durch vom Mißtrauen diktierte Gesetze erzieht man Gesetzessklaven, nicht Richter, in deren Hände man getrost das Wohl und Wehe des Volkes legen darf." [5])

In den folgenden Entwürfen zeigen sich nun deutlich zwei Entwicklungslinien: auf der einen Seite versuchen die Entwürfe, die Tatbestände des Besonderen Teils immer klarer zu fassen, möglichst alle wertausfüllungsbedürftigen Begriffe auszuscheiden, und damit die Grenzen der Strafbarkeit dem Richter genau vorzuschreiben [6]); auf der anderen Seite wird aber die Ermessensfreiheit des Richters bei der Strafzumessung immer mehr erweitert.

Als Beispiele für die eine Entwicklungslinie können die §§ 138, 184, 206, 207, 254 des E 19 angeführt werden. Vergleicht man die Fassung dieser Vorschriften mit der Fassung der entsprechenden Bestimmungen in den vorhergehenden Entwürfen, so ist festzustellen, daß die wertausfüllungsbedürftigen Bestandteile mehr und mehr ausgeschaltet worden sind. Für die Erweiterung der richterlichen Freiheit bei der Strafzumessung dagegen können im E 19 gegenüber dem VE folgende Fälle angeführt werden: beim absolut untauglichen Versuch kann das Gericht die Strafe mildern oder ganz davon absehen (§ 24 Abs. 2), bei der bedingten Strafaussetzung ist der Richter nicht mehr an enge Voraussetzungen gebunden (§§ 63, 64), das Gericht kann einen Verurteilten unter Schutzaufsicht stellen (§ 65) und schließlich sind die mildernden Umstände allgemein, für alle strafbaren Handlungen zugelassen (§§113—115). Auch durch die Bestimmung des § 124, wonach das Gericht die Verjährungsfrist auf Antrag der Staatsanwaltschaft verlängern kann, ist dem Richter ein weiterer Ermessensspielraum eingeräumt.

Die Denkschrift zu dem E 19 stellt zu dieser Entwicklung fest, ein Strafgesetz müsse, wenn nicht Rechtsunsicherheit und Rechtsverschiedenheit entstehen solle, die Grenzen der Strafbarkeit klar erkennen lassen. Deshalb könne der E 19 nicht auf fest und scharf umgrenzte Tatbestände verzichten und die Frage, ob ein Verhalten strafwürdig sei, nicht lediglich in das Ermessen des Richters stellen. Der

[5]) DJZ 1910, Sp. 113.
[6]) Vergl. Heimberger, S. 11.

E 19 suche ferner die allgemeinen Voraussetzungen der Strafbarkeit mehr als das geltende Gesetz durch feste Regeln zu umschreiben. Dagegen werde der Richter bei der Strafzumessung erheblich freier als im geltenden Gesetz gestellt [7]).

Exner will es dahingestellt bleiben lassen, ob bei der Erweiterung der Ermessensfreiheit hinsichtlich der Strafzumessung durch den E 19 nicht des Guten zu viel geschehen sei. Ferner schreibt er, im schärfsten Gegensatz zu dieser verblüffenden Freiheit in der Wahl und Bemessung der Verbrechensfolgen stehe aber nun höchst merkwürdigerweise eine umso peinlichere Gebundenheit des Strafrichters bei der Beantwortung der Frage, ob eine Tat überhaupt strafbar sei. Sonderbarerweise sei der Richter bei der Feststellung, ob eine Handlung ein Verbrechen sei, strengstens an das Gesetz gefesselt, aber bei der Strafzumessung nahezu frei von jeder Schranke [8]).

Der E 25 setzt die geschilderten Entwicklungslinien fort. Zwar wird dem Richter durch die Einfügung einiger weniger neuer, mit normativen Begriffen ausgestalteter Tatbestände im Besonderen Teil wieder ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt [9]). Im übrigen bleibt aber der Richter bei der Feststellung, ob eine Handlung strafbar ist, gebunden. Bei der Strafzumessung dagegen wird die richterliche Ermessensfreiheit weiterhin gesteigert. In dieser Hinsicht bringt der E 25 von allen Entwürfen dem Richter die größte Ermessensfreiheit[10]). Als Beispiele sind zu nennen: der bedingte Straferlaß ist fast unbeschränkt möglich (§ 35), die Urteilsbekanntmachung kann in allen Fällen erfolgen (§ 59), die Bestimmung über die Sicherungsverwahrung ist weiter (§ 45), der Richter kann bei allen Vergehen statt der Freiheitsstrafe auf Geldstrafe erkennen, wenn der Strafzweck durch eine Geldstrafe erreicht werden kann (§ 72, Abs. 2).

Der E 25 hat damit eine ganz individualistische Ausrichtung erfahren. In ihm sind die von der modernen Strafrechtsschule vertretenen Gedanken verwirklicht worden und er ist daher auch ganz auf den Grundsatz der Spezialprävention abgestellt. Die Veröffentlichung des E 25 war deshalb der Hauptanlaß für die Anhänger der klassischen Schule, sich am 6. Juni 1925 in der Deutschen strafrechtlichen Gesellschaft zusammenzuschließen. In dem Programm der Gesellschaft und in der gleichzeitig abgegebenen Erklärung kommt zum Ausdruck, daß die Deutsche strafrechtliche Gesellschaft das „fast schrankenlose

[7]) Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, III. Teil, S. 9/10.
[8]) Gerechtigkeit und Richteramt, S. 44/45.
[9]) Vergl. z. B. §§ 133 Abs. 2, 238, 239, 288 Abs. 4 des E 25.
[10]) Vergl. Radbruch, DJZ 1925, Sp. 1287.

richterliche Ermessen" des E 25, wodurch die Gleichförmigkeit der Rechtsübung in Frage gestellt sei, ablehne [11]).

Aus dem umfangreichen Schrifttum zum E 25 sollen zwei Äußerungen hier angeführt werden: Lobe billigt die Ermessensfreiheit des Richters bei der Strafzumessung, verlangt aber im Interesse der Rechtssicherheit und staatsbürgerlichen Freiheit fest umgrenzte Tatbestände [12]). Finger dagegen wendet sich mit Schärfe gegen die richterliche Freiheit: „Man muß den Mut bewundern und die Kurzsichtigkeit beklagen, die zu solcher Zeit ein ‚freies richterliches Ermessen' wie im Entwurfe einführen und durch Einreißen der heutigen Schranken gegen das höchste Gut: ‚die Gerechtigkeit' die Parteileidenschaft, die Parteiverblendung, den Parteiegoismus, den Parteihaß entfesseln, ihnen die Möglichkeit, sich auszutoben, gewähren will." [13]).

Der E 27 hat nun bereits eine weit gemäßigtere Ausrichtung erfahren und dem Richter nicht mehr ein so großes Maß von Freiheit in der Frage, was mit dem Rechtsbrecher geschehen soll, überlassen wie der E 25 [14]). So wird z. B. der Richter beim bedingten Straferlaß (§ 40), bei der Sicherungsverwahrung (§ 59) und bei der Frage, wann der Richter bei Vergehen anstelle einer Freiheitsstrafe auf Geldstrafe erkennen kann (§ 73), an bestimmte engere Voraussetzungen gebunden; bei den „besonders leichten Fällen" ist das allgemeine Strafmilderungsrecht überhaupt gestrichen worden (§ 76), und bei einer Reihe von Sicherungs- und Besserungsmaßnahmen wird das Gericht darauf beschränkt, diese nur „für zulässig zu erklären" (§§ 56, 57, 58). Deutlich zeigt sich im E 27 die stärkere Berücksichtigung der von der klassischen Schule vertretenen Anschauungen. Trotz der Einschränkung des richterlichen Ermessens im E 27 wurde aber im Schrifttum von verschiedenen Seiten die dem Richter verbleibende Freiheit als zu weitgehend abgelehnt [15]).

In den Beratungen der Reichstagsausschüsse verlangten die Konservativen Einschränkung der richterlichen Freiheit, weil das Strafrecht durch die Strafmilderungsmöglichkeiten des Richters verweichlicht und das Gesetz jede abschreckende Wirkung verlieren würde. Die Sozialisten dagegen forderten die Bindung des Richters, weil sie in der Freierstellung des Richters Klassenjustiz befürchteten. Aller-

---

[11]) DJZ 1925, Sp. 1301; vergl. R. Schmidt, DJZ 1925, Sp. 1291 ff.
[12]) GS 92, S. 67/68.
[13]) ebd., S. 89.
[14]) Begründung zum E 27, S. 4.
[15]) Vergl. Heimberger, S. 22/23; Finger, GS 95, S. 113; Drost, S. 207 ff.; Dahm-Schaffstein, S. 49—52.

dings waren sie dann mit einer richterlichen Ermessensfreiheit einverstanden, wenn es darum ging, dem Richter besondere Möglichkeiten der Strafmilderung an die Hand zu geben.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die Reformentwürfe die Freiheit des Richters hinsichtlich der Feststellung, ob eine Tat strafbar ist, nur unwesentlich gegenüber dem Strafgesetzbuch steigern. Dagegen wird hinsichtlich der Strafzumessung das richterliche Ermessen außerordentlich erweitert.

D. Freiheit und Gebundenheit im nationalsozialistischen Gesetz.

Mit dem Sieg der nationalsozialistischen Weltanschauung haben sich die Auffassungen über das Wesen und die Aufgabe von Staat und Volk und von Recht und Gesetz grundlegend geändert. Im Mittelpunkt des staatlichen Lebens steht nicht mehr der Einzelne, sondern das Volk, das nicht eine Summe von Individuen, sondern eine organische Einheit, eine Gemeinschaft ist, gebildet durch gleiches Blut, durch die gleiche Heimat und durch das gemeinsame Schicksal. Der Staat ist die rechtliche Organisation des Volkes, „der lebendige Organismus eines Volkstums" [1]). Der Einzelne als Glied der Volksgemeinschaft steht im Staat. Der Wille des Staates ist zugleich das Wollen der Volksgemeinschaft und damit des Einzelmenschen. Der Einzelne steht dem Staat nicht feindselig gegenüber; es gibt keine „Individualsphäre", keinen staatsfreien Raum des Einzelnen mehr, der vor unrechtmäßigen Eingriffen des Staates geschützt werden müßte.

Deshalb bedeutet das Gesetz auch nicht mehr Schranke für das Eingriffsrecht des Staates. Das Gesetz ist nicht mehr der Schutzwall gegen staatliche und richterliche Willkür. Heute ist das Gesetz die Lebensordnung des Volkes; es enthält die vom Volk anerkannten Grundregeln des gemeinsamen völkischen Lebens. Das Leben ist aber so mannigfaltig und vielgestaltig, daß es unmöglich ist, von vornherein alle Fälle des Lebens zu bedenken und in einem Gesetz zu regeln. Deshalb kann das Gesetz nicht das gesamte Recht enthalten, sondern neben dem Gesetz steht das weite Gebiet des ungeschriebenen Rechts, das aus dem Rechtsbewußtsein des Volkes spricht. Deshalb kann auch der Richter nicht eng und starr an das Gesetz gebunden sein. Andererseits aber muß das Gesetz selbst so weit sein, daß seine Anwendung in jedem Fall zu einer gerechten Entscheidung führt. Den Einzelfall richtig beurteilen und würdigen kann aber das Gesetz nur unvollkommen; der Richter dagegen hat die Möglichkeit, den Einzelfall zu beurteilen. Deshalb muß dem Richter eine wesentlich freiere Stellung gegenüber dem Gesetz gegeben werden. Darin liegt ein großes dem Richter entgegengebrachtes Vertrauen.

[1]) Adolf Hitler, Mein Kampf, S. 434.

Inwieweit nach nationalsozialistischer Auffassung der Richter gebunden und inwieweit ihm Freiheit eingeräumt ist, soll im folgenden untersucht werden.

I. War im liberalen Rechtsstaat die Bindung des Richters an das Strafgesetz durch den Gedanken der Rechtssicherheit gefordert und allgemein anerkannt, so treten im nationalsozialistischen Schrifttum Meinungen hervor, die für einen „Richterkönig" eintreten, der vom Gesetz absehen und eine Entscheidung auch gegen das Gesetz treffen kann. So schreibt z. B. Heinz Müller in der parteiamtlichen Schrift „Beamtentum und Nationalsozialismus" [2]): „Wir müssen uns frei davon machen, daß der Richter dem Gesetz unterworfen ist. Das kann er nicht sein, denn er ist oft gezwungen, dem Produkt, das sich Gesetz nennt, die Rechtsgültigkeit abzusprechen ... Der Richterkönig ist das Endziel". Helmut Nicolai[3]) schreibt in einer ebenfalls parteiamtlichen Schrift, das Gesetz sei bestimmt, dem Richter die Aufgabe der Rechtsfindung zu erleichtern, abnehmen könne es ihm diese nicht. Der Richter dürfe dann nicht an das Gesetz gebunden sein, wenn es buchstabengemäß am einzelnen Rechtsfall angewandt zu offenbar unrichtigen, sittlich unhaltbaren, der Rechtsidee widersprechenden Entscheidungen führen würde. Der Richter sei Diener des Rechts, nicht des Gesetzes, „er hat Recht zu sprechen, nicht das Gesetz auszulegen, und wenn mit der vollen Schärfe des Gesetzes Unrecht geschehen würde, so ist er eben dazu da, dieses zu verhindern und seine Entscheidung, die entsprechend wohl erwogen sein muß, selbständig frei zu begründen". Das gelte auch für den rechtlichen Tatbestand im Strafrecht. Ähnlich schreibt Ernst von Heydebrand und der Lasa [4]): „Wir wünschen Richter zu sehen, die dem Bedürfnis der Rechtseinheit nur so weit Raum geben, wie nach der besonderen Lage des einzelnen Falles ihr eigenes lebendiges Rechtsbewußtsein es gestattet", und welche die gesetzliche Schranke „in einzelnen Fällen zu überspringen sich getrauen".

Gegenüber diesen freirechtlichen Anschauungen vertritt die Rechtsprechung des Reichsgerichts weiterhin den Standpunkt der Bindung des Richters an das Gesetz [5]). Aber auch die Mehrzahl der Schriftsteller hält an der Gesetzesgebundenheit des Richters fest. So schreibt

---

[2]) Heft 30 der Nat. soz. Bibliothek, S. 58.
[3]) S. 38—40.
[4]) Deutsche Rechtserneuerung aus dem Geiste des Nationalsozialismus, S. 101/102.
[5]) vgl. z. B. RGZ 144/306 (310).

Herschel [6]), daß im liberalen Staat „die Verwirklichung des Ideals vom freien Richterkönigtum eine praktische Unmöglichkeit" gewesen sei. „Diese Unmöglichkeit ist geblieben und wird bleiben; aber heute dürfte das nicht einmal mehr ein anerkennungswertes Ideal sein, da die Vorstellung des freien Richterkönigtums selbst eine typisch liberale und polykratische Anschauung ist, die sich mit dem Primat der politischen Führung nicht vereinbaren läßt". Das Recht seien staatliche Befehle, durch die in den Ablauf des Geschehens eingegriffen wird, und diese Befehle erfordern absoluten Gehorsam, auch vom Richter [7]). v. Gemmingen stellt zwar fest, daß der Nationalsozialismus das Freirecht des „Richterkönigs" wolle, daß aber gerade im Strafrecht das Gesetz nicht unterschätzt werden dürfe. Die Stoßkraft des Strafrechts beruhe „auf der unerbittlichen Festigkeit seiner schriftlich niedergelegten Drohungen" und ein „Kult dieses Buchstabens" entspreche „gerade wieder weitgehend der heroischen Auffassung des arisch nordischen Menschen" [8]). Freisler kommt in dem Aufsatz „Richter, Recht und Gesetz" zu der Feststellung, daß der Richter an die nationalsozialistischen Gesetze „als die Ausdrucksform deutschen Rechtssehnens und des Führungswillens der deutschen Volksführung gebunden ist". Auch an das frühere, vornationalsozialistische Gesetz sei der Richter gebunden [9]). Auch Larenz ist der Meinung, daß gerade im nationalsozialistischen Führerstaat die Bindung des Richters an die Gesetze unentbehrlich sei [10]). Und Henkel sieht den nationalsozialistischen Richter „nicht als den ungebundenen, freirechtlichen Richter, vielmehr als den gebundenen Richter, gebunden an das Gesetz" [11]). Auch Dahm [12]) hält an der Bindung des Richters fest, ebenso Schaffstein, der schreibt, daß sich die wichtigste Formgebundenheit aus dem Führerprinzip ergebe, welches den Strafrichter an das den Führerwillen darstellende Gesetz binde; „gegen das Gesetz darf der Richter auch im neuen Strafrecht seine materiellen Gerechtigkeitsideale nicht verwirklichen" [13]).

Franzen überprüft die Stellung des Richters zum Gesetz einerseits vom Standpunkt des „völkischen Prinzips", und andererseits vom nationalsozialistischen Führerprinzip aus. Er vertritt die Ansicht, daß das Rechtsgewissen des Volkes nicht in der Lage sei, zu allen wesent-

---

[6]) DJZ 1933, Sp. 1010.
[7]) Herschel, DJZ 1933, Sp. 1009.
[8]) v. Gemmingen, S. 17/18.
[9]) Freisler, DJ 1934/1334.
[10]) Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, S. 35.
[11]) Henkel, Die Unabhängigkeit, S. 33/34.
[12]) vgl. DStR, 1934/90 u. 252.
[13]) Schaffstein, DR 1934/352.

lichen Rechtsfragen Stellung zu nehmen[14]), und daß das Rechtsgewissen auch keine einheitliche Rechtsüberzeugung zu schaffen vermag[15]). Das Rechtsgewissen könne daher das geschriebene Recht nicht ersetzen. Das Führerprinzip erfordere aber darüber hinaus die uneingeschränkte Gebundenheit[16]). Im Gesetz findet der Wille des Führers seinen klarsten und am stärksten formgebundenen Ausdruck und durch Nichtanwendung würde der Richter die Gehorsams- und Treupflicht gegenüber dem Führer am tiefsten verletzen. Deshalb sei das Gesetz als Befehl des Führers für den Richter ausnahmslos verbindlich[17]).

Eichhorn betont sogar, daß gegenüber den vom nationalsozialistischen Staat erlassenen Gesetzen der Richter an den Willen des Gesetzgebers weit strenger gebunden sei, als es der frühere Richter gegenüber dem früheren Gesetzgeber gewesen sei, weil im Führerstaat der Wille der Führung die Richtschnur für alles Handeln sein müsse[18]). Und Moser von Filseck betonte in seinem Vortrag auf dem Deutschen Juristentag am 19. Mai 1936: „Die Bindung an das Gesetz aber ist für uns nichts anderes als ein Ausdruck nationalsozialistischer Disziplin und vor allem unserer bedingungslosen, ehrfürchtigen Beugung unter den Willen des Führers“[19]).

Auch von nationalsozialistischen Führern ist am Grundsatz richterlicher Bindung ausdrücklich festgehalten worden. So betonte Ministerpräsident Göring in seiner Rede vor der Akademie für Deutsches Recht am 13. November 1934: „Es können Umstände eintreten, durch die die Anwendung der ordentlichen Gesetze geradezu zu schwerem Unrecht führen kann. Die Anwendung des Gesetzes darf in solchen Fällen nicht willkürlich unterbleiben; denn der Richter und die Verwaltung sind an das Gesetz als den niedergeschriebenen Willen des Führers gebunden. Ein willkürliches Abweichen vom Gesetz würde daher Verletzung der Gefolgschaftspflicht und deshalb Unrecht und Rechtsunsicherheit bedeuten“[20]). Und Punkt 3 der Leitsätze des Reichsjuristenführers, die am 14. Januar 1936 auf einer Tagung der Gesamtvertretung der Richter, Staatsanwälte und Rechtspfleger verkündet wurden, bestimmt[21]): „Gegenüber Führerentscheidungen, die in

---

[14]) Franzen, S. 18.
[15]) ebd., S. 21.
[16]) ebd., S. 24.
[17]) ebd., S. 27.
[18]) Eichhorn, DRZ 1935/326.
[19]) Moser von Filseck, DRPfl 1936/223.
[20]) Göring, S. 15.
[21]) DRPfl 1936/10.

die Form eines Gesetzes oder einer Verordnung gekleidet sind, steht dem Richter kein Prüfungsrecht zu. Auch an sonstige Entscheidungen des Führers ist der Richter gebunden, sofern in ihnen der Wille, Recht zu setzen, unzweideutig zum Ausdruck kommt."

Eine erschöpfende Aufzählung sämtlicher im Schrifttum vorhandenen Äußerungen über die richterliche Bindung ist hier weder versucht, noch bei der Fülle der Äußerungen möglich. Die angeführten Meinungen dürften jedoch genügen und zu der Feststellung berechtigen, daß zwar im frühen nationalsozialistischen Schrifttum zum Teil das freirechtliche Richterkönigtum gefordert, in neuerer Zeit aber immer mehr die Bindung des Richters an das Gesetz verlangt wird.

Der Grundsatz der Gebundenheit des Richters hat aber im nationalsozialistischen Staat einen anderen Gehalt als im liberalen Staat. Während früher dafür der Gedanke der Rechtssicherheit und des Schutzes des Individuums vor staatlichen Eingriffen und richterlicher Willkür maßgebend war, entspringt er heute dem Verlangen nach einem Recht, das dem Rechtsgewissen des Volkes entspricht, und das von dem ersten und maßgebendsten Interpreten des Rechtsgewissens in bindende Befehle gefaßt ist.

II. Nun kann aber der Richter im Rahmen dieser allgemeinen Bindung an das Gesetz entweder wieder eng an die einzelnen Tatbestände gebunden sein, oder aber kann das Gesetz, indem es nur beispielhafte Tatbestände aufführt, den Richter ermächtigen, gegebenenfalls einen Tatbestand für eine strafwürdige Handlung selbst aufzustellen.

1. Das nationalsozialistische Strafgesetz wird den Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit durchführen. Das ist aber nur möglich, wenn der Satz nulla poena sine lege aufgegeben wird. Diese Bestimmung, die den Richter eng an die Tatbestände des Gesetzes bindet, läßt nur dann eine Bestrafung zu, wenn die Tat sämtliche Merkmale eines gesetzlichen Straftatbestandes erfüllt. Ein strafwürdiges Tun, das diese Voraussetzung nicht erfüllte, mußte straflos bleiben. Durch die Zulassung der Analogie soll der materiellen Gerechtigkeit zum Sieg verholfen werden.

Damit ist der Richter ermächtigt, selbst einen Straftatbestand zu schaffen, wenn eine strafwürdige Handlung nicht unter einen bereits im Gesetz bestimmten Straftatbestand fällt. Mit der Zulassung der Analogie beginnt eine gewisse Loslösung von den gesetzlichen Straftatbeständen, die aber nicht gleichbedeutend ist mit einer Loslösung des Richters vom Gesetz überhaupt [22]). Man unterscheidet die Gesetzes-

[22]) Freisler, DStR 1935, S. 9.

analogie als die Anwendung des Grundgedankens eines bestimmten gesetzlichen Tatbestandes auf einen ähnlichen, gesetzlich aber nicht geregelten Fall, und die Rechtsanalogie als die Anwendung eines dem ganzen Gesetz innewohnenden Grundgedankens auf einen gesetzlich nicht geregelten Fall. Diese Unterscheidung ist aber nicht grundsätzlicher, sondern nur gradueller Art. Der Grundgedanke eines bestimmten Tatbestandes kann so verallgemeinert werden, daß er zugleich auch als Grundgedanke anderer Tatbestände und schließlich als ein dem ganzen Gesetz innewohnender Grundgedanke angesehen werden kann. Die Rechtsanalogie ist also nichts wesentlich und grundlegend Neues gegenüber der Gesetzesanalogie. Eine scharfe Trennungslinie zwischen beiden Analogieformen läßt sich nicht ziehen [23]). Der Grad der richterlichen Freiheit ist aber bei der Rechtsanalogie ein größerer als bei der Gesetzesanalogie. Dies zeigt sich nicht bloß in der stärkeren Lösung von den gesetzlichen Tatbeständen, sondern auch darin, daß der Richter bei der Rechtsanalogie nicht mehr an einen bestimmten Strafrahmen gebunden ist, sondern die Strafe frei bestimmen kann.

Wurde früher im allgemeinen nur von einer gewissen „Auflockerung" des Satzes nulla poena sine lege gesprochen [24]), so brachte die Denkschrift des Preußischen Justizministers einen bestimmten Vorschlag, indem sie feststellte, daß „gegenüber einem im Volksleben verwurzelten Richtertum, wie es im Dritten Reich wieder lebendig werden soll" es eines solchen Schutzes des Einzelnen, wie es dieser Satz darstelle, nicht mehr bedürfe [25]). Die Preußische Denkschrift schlägt vor, daß der alte § 2 I StGB, der inhaltlich bestehen bleiben soll, folgenden Zusatz erhalten soll [26]): „Ist aber eine nicht ausdrücklich für strafbar erklärte Handlung nach gesunder Volksanschauung sittlich verwerflich und wird ihre Bestrafung von dem einem bestimmten Strafgesetz zugrunde liegenden Rechtsgedanken gefordert, so hat der Richter für die Tat eine Strafe innerhalb des Rahmens des entsprechend angewendeten Strafgesetzes festzusetzen". Damit will die Preußische Denkschrift die Gesetzesanalogie zulassen. Das richter-

---

[23]) Schäfer, Komm. StR I, S. 213. Für eine strenge Unterscheidung der Analogieformen z. B. Siegert, DStR 1934, S. 380; gegen eine Unterscheidung: Luetgebrune, Ak. Denkschrift, S. 42. Als ein Beispiel der Rechtsanalogie führt Freisler, Ak. Denkschrift S. 11, § 158 Mil. StG. in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. 6. 1926 an: „Auf strafbare Handlungen eines Kriegsgefangenen finden nach Maßgabe seines Militärranges die Vorschriften dieses Gesetzes entsprechende Anwendung."

[24]) Dahm-Schaffstein, S. 52; v. Gemmingen, S. 25; Peters, JW 1933/1564; Schaffstein, DR 1934/352.

[25]) Pr. Denkschrift, S. 116.

[26]) ebd., S. 127.

liche Ermessen, das in der Feststellung liegt, ob eine Handlung „nach gesunder Volksanschauung sittlich verwerflich" ist, wird aber durch die zweite Voraussetzung, daß die Bestrafung der Tat von dem einem bestimmten Strafgesetz zugrunde liegenden Rechtsgedanken gefordert werde, wieder stark eingeschränkt.

Der Vorschlag der Preußischen Denkschrift wurde aber nicht allseits gebilligt, und es wurden Stimmen laut, die sich gegen die Zulassung der Analogie aussprechen. So schreibt Sauer, daß die Selbstschaffung von Tatbeständen durch den Richter nicht im Interesse der Rechtsprechung und der Staatsautorität liege[27]). Und Gerland lehnt den Vorschlag ab, weil die Voraussetzungen der Analogiemöglichkeit so relativ bestimmt seien, daß es letzten Endes eine subjektive Entscheidung des Richters wird, ob er strafen will oder nicht. Damit würden sehr bald Gerichte mit verschiedener Praxis entstehen, was ein unerträglicher Zustand gerade im Strafrecht bedeute[28]). Ostwald lehnt die Zulassung der Analogie, die nur in der Hand von „Richterkönigen" möglich sei, ab, weil nicht aus jedem deutschen Richter ein Richterkönig zu machen sei, weil ferner die Rechtseinheit bei widersprechenden rechtskräftigen Urteilen verschiedener Richterkönige gefährdet sei, und weil überhaupt das Richterkönigtum mit dem Führergrundsatz des totalen Staates unvereinbar sei[29]). Diese Äußerungen, die allerdings vereinzelte Ausnahmen sind, sprechen gegen die Erweiterung der richterlichen Freiheit, die in der Zulassung der Analogie begründet liegt.

Auf der anderen Seite aber wurde die Ansicht vertreten, daß über den Vorschlag der Preußischen Denkschrift hinaus auch die Rechtsanalogie zugelassen werde[30]). Man wollte also dem Richter ein großes Maß von Freiheit einräumen. Freisler forderte in einer Stellungnahme gegen die Ansicht Gerlands „als Selbstverständlichkeit" ausdrücklich auch die Rechtsanalogie[31]). Und in einem späteren Aufsatz schreibt Freisler, daß der Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit dadurch festgelegt werden könnte, „daß anstelle und im Gegensatz zu § 2 des geltenden Strafrechts klipp und klar ausgesprochen würde, daß der

---

[27]) DJZ 1933, Sp. 1465.
[28]) DJ 1934/226.
[29]) DJZ 1934, Sp. 442.
[30]) Auf die von Bung in JW 1934/1107 (5. Mai 1934) geäußerte Meinung, daß der § 2 aF StGB ebensowenig mehr gelte wie die Weimarer Verfassung, soll in diesem Zusammenhang nur hingewiesen werden. Diese Ansicht wurde auch sofort zurückgewiesen; vgl. Dahm, DStR 1934/252.
[31]) Freisler, DJ 1934/473; vgl. ferner Dahm, DStR 1934/252; Eichhorn, DRZ 1935/327, 328; Goetzeler, GS 104/350.

Strafwürdige strafbar ist, und daß die Strafwürdigkeit des Verhaltens sich danach richtet, ob die Willensrichtung des vor dem Richter Stehenden schuldhaft dem entgegengesetzt war und dem sich entgegengesetzt betätigt hat, was die Volksgemeinschaft von einem ordentlichen Volksgenossen verlangt“ [32]). Nach dieser letzten Auffassung würde dem richterlichen Ermessen ein weiter Spielraum überlassen werden.

Die im Juni 1934 erschienene Denkschrift der Akademie für Deutsches Recht trat für Zulassung sowohl der Gesetzes- wie auch der Rechtsanalogie ein [33]). Volksschädliches Verhalten, das im Wege der Auslegung und Gesetzesanalogie nicht bestraft werden könne, müsse im Wege der Rechtsanalogie bestraft werden durch Findung eines allgemeinen Rechtsgedankens aus der Grundhaltung der Strafsatzung [34]): „Das Gericht kann auf der Grundlage der nationalsozialistischen Anschauung im Wege der Rechtsangleichung den anzuwendenden Rechtssatz bestimmen“. Damit ist es dem richterlichen Ermessen überlassen, zu bestimmen, ob eine Tat nach dem Rechtsbewußtsein des Volkes und nach der Grundhaltung der Strafsatzung zu bestrafen ist. Darüber hinaus aber kann der Richter ganz frei sowohl Strafart wie Strafmaß innerhalb der allgemeinen gesetzlichen Strafgrenzen bestimmen, weil er nicht mehr an einen bestimmten Straftatbestand gebunden ist.

Die amtliche Strafrechtskommission will nach dem Bericht von Schäfer nicht so weit gehen wie die Denkschrift der Akademie. Dem Richter könne nicht die Aufgabe zufallen, „auf der Grundlage einer weit gespannten Ermächtigung anstelle des Gesetzgebers frei Recht zu schöpfen“; es müsse ihm aber doch ein genügend weiter Spielraum bleiben, um auch solche strafwürdige Handlungen bestrafen zu können, die nicht unter einen bestimmten Straftatbestand fallen. Eine solche Erweiterung der richterlichen Freiheit gegenüber früher sei folgerichtig in einem Strafrechtssystem, das den Richter durch Verwendung von Generalklauseln und wertausfüllungsbedürftigen Tatbeständen, die auf das gesunde Volksempfinden und ähnliche Wertmesser verweisen, wesentlich freier als bisher stelle [35]). Die amtliche Strafrechtskommission empfiehlt deshalb die Zulassung der Gesetzesanalogie. Auch in zweiter Lesung ist sie im wesentlichen bei der Gesetzesanalogie geblieben. Es müsse dem Richter verwehrt sein, den Grundgedanken der Vorschrift so zu verallgemeinern, daß „die Ver-

---

[32]) Freisler, DStR 1935/29.
[33]) Ak. Denkschrift, S. 11; Formulierung, S. 43.
[34]) Ak. Denkschrift, S. 11, 42.
[35]) Komm. StR I, S. 204.

bindung mit dem gesetzlichen Tatbestand in seiner konkreten Ausgestaltung völlig gelöst ist“ [36]). Damit wird dem Richter ein beschränktes Ermessen eingeräumt. In ähnlicher Weise treten die nationalsozialistischen Leitsätze für die Regelung der Analogie ein [37]).

Durch die Novelle vom 28. Juni 1935 erhielt der § 2 StGB eine neue Fassung, nach der die Gesetzesanalogie zulässig ist. In der Amtlichen Begründung heißt es, daß die damit verbundene Lockerung der bisherigen Bindung des Richters an das Strafgesetz nicht zur Willkür führen werde, weil die heute gegebene Einheit der Weltanschauung dem Richter die sichere Richtschnur für den Geist gebe, in dem er die ihm zugewiesene neue Machtbefugnis anzuwenden habe [38]).

Die dem Richter mit der Analogie gewährte Freiheit liegt in der Feststellung, ob eine Tat mit dem gesunden Volksempfinden übereinstimmt oder nicht. Diese Feststellung ist eine wertende [39]). Eine gewisse Beschränkung der richterlichen Freiheit besteht aber wieder darin, daß der Grundgedanke eines Strafgesetzes auf die zu bestrafende Tat Anwendung finden muß. Je nachdem nun auf die eine oder die andere Voraussetzung mehr Gewicht gelegt wird, ändert sich der Grad der richterlichen Freiheit. Zimmerl betont z. B., daß die erste Voraussetzung der Strafbarkeit die Strafwürdigkeit nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes sei, woraus sich ergebe, daß nicht die Lösung der Bindung des Richters an das Gesetz erstrebt werde [40]). Dagegen betont z. B. Freisler stärker die andere Voraussetzung, wenn er schreibt: „Das Strafrecht verlangt vielmehr vom Richter Rechtsschöpfung unmittelbar aus dem gesunden Volksempfinden“ [41]). Oder an einer anderen Stelle: „Denn die Bindung des Richters an das Gesetz, die für die Fälle vorgeschrieben ist, in denen er die Feststellung der Strafbarkeit des Verhaltens des Täters unmittelbar aus dem gesunden Volksempfinden entnimmt, ist — von der oben behandelten Probe auf das Exempel abgesehen — auf die Feststellung des Strafrahmens, aus dem er die Strafe zuzumessen hat, und im übrigen auf Technisches, wie die Benennung der Tat des Täters und ähnliches, beschränkt“ [42]). Nach der Ansicht Freislers dürfte dem richterlichen Ermessen ein weit größerer Spielraum zugewiesen sein.

[36]) ebd., S. 213.
[37]) NSLeitsätze, S. 28.
[38]) Die Strafrechtsnovelle vom 28. 6. 1935 und die Amtlichen Begründungen, S. 28.
[39]) ebd., S. 29.
[40]) Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, S. 175; vgl. auch Lobe, GS 105/292.
[41]) Freisler, Neue StR, S. 150; vgl. auch S. 77 Ziff. 1.
[42]) Freisler, Neue StR, S. 79.

2. Sowohl die Denkschrift der Akademie für Deutsches Recht (Strauß) [43]), wie besonders auch die amtliche Strafrechtskommission (Schäfer) [44]) stehen auf dem Standpunkt, daß das neu zu schaffende Strafgesetzbuch bestimmte Einzeltatbestände aufstellen muß. Nach Schäfer würde dem deutschen Rechtsempfinden ein Strafgesetzbuch nicht entsprechen, „das nach dem Vorbild des Art. VI des russischen Strafgesetzbuches dem Strafrichter eine mehr oder weniger bestimmte generelle Ermächtigung gäbe, alle Handlungen mit Strafe zu belegen, die gegen die Belange der Volksgemeinschaft verstoßen, und das besondere Straftatbestände lediglich beispielsweise und der Verdeutlichung halber aufstellte". Denn damit würde der Strafrichter in weitem Umfang zum Gesetzgeber, indem der Richter darüber zu befinden hätte, was als erlaubt und was als verboten anzusehen ist, und damit würde ihm die wichtigste und vornehmste Aufgabe der politischen Führung übertragen, was aber mit dem Wesen des autoritären Führerstaates unvereinbar sei. „Die Folge einer derartigen Ausweitung des richterlichen Ermessens wäre eine kaum vorstellbare Rechtsunsicherheit" [45]).

In einem Aufsatz im Deutschen Strafrecht 1935 hält dagegen Freisler [46]) die grundsätzliche Festlegung des Richters an bestimmte Straftatbestände für falsch, und befürchtet von der Abdrängung der gesetzlichen Straftatbestände in die Rolle von nicht zwingenden Beispielen keineswegs eine Rechtsunsicherheit, weil „eine in sich geschlossene allgemein anerkannte völkische Weltanschauung die Gesetze des Handelns an Hand eines allgemein anerkannten Wertmaßstabes jedem vorzeichnet". Er tritt für einen Zentraltatbestand ein, aus dem sich dann die Sondertatbestände herauskristallisieren [47]). Eine ähnliche Auffassung vertritt v. Heydebrand und der Lasa, wenn er schreibt, daß man „geradezu an eine ganz allgemeine Vorschrift" denken könne [48]); im übrigen würden „einige wenige Paragraphen genügen, die die gesellschaftliche Schädlichkeit von Handlungen in eine gewisse Regel bringen" [49]).

In dem Bericht der amtlichen Strafrechtskommission präzisiert Freisler [50]) nun seine Stellung. Abzulehnen sei ein Strafgesetzbuch,

---

[43]) Ak. Denkschrift, S. 32.
[44]) Komm. StR I, S. 200.
[45]) Schäfer, Komm. StR, S. 201.
[46]) DStR 1935/23.
[47]) DStR 1935/30/31.
[48]) v. Heydebrand und der Lasa, a. a. O., S. 163.
[49]) ebd., S. 164; vgl. ferner v. Gemmingen, S. 25/26; Goetzeler, GS 104/350.
[50]) Komm. StR II, S. 55 ff.

dessen Besonderem Teil Normenfunktion mit Anspruch auf Vollständigkeit und Ausschließlichkeit bezüglich der aufgestellten Normen zugesprochen sei, weil es dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit widerspreche. Ebenfalls abzulehnen sei der Gegenpol dieser Gestaltung, wenn in einem Gesetz einzelne Tatbestände völlig weggelassen seien. Nur beispielhafte Anführung von Tatbeständen im Besonderen Teil ohne Zuerkennung von Normencharakter, so daß der Richter im Einzelfall auch anders entscheiden kann, als das Gesetz es in dem beispielhaften Einzeltatbestand vorgesehen hat (so das sowjetrussische Strafgesetzbuch von 1926), wird ebenfalls abgelehnt, weil damit praktisch der Richter im Einzelfall an die Stelle des Volksführers trete.

Nach dem Entwurf der amtlichen Strafrechtskommission sollen die Tatbestände des Besonderen Teils Normenfunktion aber ohne Ausschließlichkeits- und Vollständigkeitsanspruch bekommen und daneben eine wegweisende Unterstützungsfunktion bei Anwendung des Rechts durch Schöpfen aus außergesetzlichen Rechtserkenntnisquellen erhalten [51]). Wenn also im Einzelfall ein gesetzlicher Tatbestand erfüllt ist, ist der Richter gezwungen, auf Strafe und gegebenenfalls auf sichernde oder heilende Maßnahmen zu erkennen. Erfüllt aber eine strafwürdige Handlung nicht einen bestimmten gesetzlichen Tatbestand, so soll der der Richter nicht von vornherein zu einer Freisprechung gezwungen sein, sondern es soll ihm die Möglichkeit einer entsprechenden Bestrafung geboten werden. Dabei muß der Richter wieder auf die Einzeltatbestände zurückgreifen, um festzustellen, ob der Grundgedanke eines Strafgesetzes auf die Tat zutrifft, und um bejahendenfalls aus ihm die Benennung der Tat und das Strafmaß zu entnehmen. Damit ist der Richter an die im Besonderen Teil aufgestellten Straftatbestände gebunden.

In der zweiten Lesung des Entwurfs der amtlichen Strafrechtskommission wurde geprüft, ob nicht jedem einzelnen Abschnitt des Besonderen Teils des künftigen Gesetzes ein normativ gestalteter Generaltatbestand vorangestellt werden soll. Und weiterhin, ob bejahendenfalls dem Generaltatbestand der Charakter einer Dachvorschrift gegenüber den folgenden, vielleicht mit normativen Elementen durchsetzten Tatbeständen gegeben werden soll [52]). Damit hat die amtliche Kommission den schon früher von Freisler [53]) vertretenen Gedanken übernommen. Wenn diese Regelung im kommenden Gesetz durchgeführt wird, so wird damit die richterliche Freiheit

---

[51]) Freisler, Komm. StR II, S. 57.
[52]) Freisler, Komm. StR II, S. 65.
[53]) DStR 1935, S. 23 ff.

wesentlich gesteigert. Denn dem Richter ist nicht bloß infolge der notwendigen Wertung des normativ ausgerichteten Tatbestands ein Ermessen eingeräumt, sondern auch in der Bestimmung der Strafen wird des notwendigerweise viel weiteren Strafrahmens wegen das richterliche Ermessen beträchtlich größer werden.

Hans Frank betont in den nationalsozialistischen Leitsätzen im Anschluß an Leitsatz 5, daß es für das Strafgesetz nicht genügen könne, nur allgemein in einem zentralen Tatbestand zu umschreiben, was strafbar ist [54]). Man könne nicht wie z. B. im parteigerichtlichen Verfahren ohne Einzeltatbestände auskommen. Es sei notwendig, daß „die Volksführung das Volksgewissen in einer für alle offenbaren und verpflichtenden Weise, auch für den Richter, verbindlich interpretiert und verkündet", und eine grundsätzliche Bewertung der typischen Treupflichtverletzungen durch das Volksgewissen im Besonderen Teil vorgenommen werde. Das „Schwergewicht der Rechtsverwirklichung" dürfe „nicht vollständig in die Praxis", d. h. in die Wertung durch den Strafrichter im Einzelfall verlegt werden [55]). Und Leitsatz 7 bestimmt [56]): „Die Verbrechensbeschreibungen erfolgen in einprägsamen Leitsätzen in volksverständlicher Fassung. Sie können durch richtungweisende Beispiele für die Verwirklichung der treupflichtwidrigen Gesinnung erläutert werden". Danach sind als Tatbestände typische Treupflichtverletzungen in der Form von Leitsätzen aufzustellen. Dabei kommt es aber nur auf die Kennzeichnung der typischen Verwirklichungsart des Verbrechens an, und nicht darauf, alle möglichen Begehungsarten festzulegen. Um die verschiedenen Begehungsmöglichkeiten zu kennzeichnen, genüge die Anführung von Beispielen ohne erschöpfende Aufzählung [57]).

An die „Leitsätze" ist der Strafrichter gebunden. Ob er auch an die „Beispiele" gebunden sein soll, ist der Schrift Franks nicht eindeutig zu entnehmen. Wenn Frank jedoch „die Abkehr von dem toten Formalrecht einer überwundenen Epoche, wie es gerade in jenen Variantentatbeständen mit ihrem Dogma der wortwörtlichen Benennung aller Begehungsmöglichkeiten seinen Ausdruck gefunden hatte" [58]), verlangt, so ist daraus eher zu schließen, daß der Richter an die Beispiele nicht gebunden sein soll. Aber selbst dann, wenn die

---

[54]) NS-Leitsätze, 2. Teil, S. 21.
[55]) ebd., S. 23.
[56]) ebd., S. 26.
[57]) NS-Leitsätze, 2. Teil, S. 26; vgl. die ähnliche Äußerung von Freisler in ZStW 55/519.
[58]) NS-Leitsätze, 2. Teil, S. 27.

Bindung an die Beispieltatbestände verlangt würde, bliebe dem Richter nach dieser Regelung ganz allgemein noch ein sehr weiter Ermessensspielraum in der Bestimmung der Strafe. Denn die Leittatbestände müssen sehr weite Strafrahmen haben [59]), um den verschiedenen Begehungsmöglichkeiten gerecht werden zu können. Bei der Bestimmung der Strafe für eine Handlung, die nicht unter einen Beispieltatbestand fällt, würde aber der Strafrahmen eines Beispieltatbestands das Ermessen des Richters nicht wesentlich einschränken.

III. Inwieweit soll nun der Richter innerhalb der Tatbestände gebunden sein? Sollen die Tatbestände mit eindeutigen, feststehenden Begriffen gebildet oder sollen sie elastisch gehalten werden?

1. Die Preußische Denkschrift stellt fest, daß bei der Ausgestaltung der Straftatbestände von dem gefährlichen Verhalten des Täters auszugehen sei, und daß statt der früheren Verletzungstatbestände heute Gefährdungstatbestände aufzustellen seien [60]). An anderer Stelle wird diese Änderung gleichgestellt mit dem Ersatz des Erfolgsstrafrechts durch ein Willensstrafrecht [61]). Die Preußische Denkschrift gebraucht also die Begriffe Gefährdungsstrafrecht und Willensstrafrecht im gleichen Sinn, obwohl zwischen diesen beiden Begriffen ein Unterschied ist, der durch v. Gemmingen [62]) nachgewiesen wurde.

Die Denkschrift der Akademie für Deutsches Recht, die Berichte der amtlichen Strafrechtskommission und die nationalsozialistischen Leitsätze sprechen meist nur noch von Willensstrafrecht.

Ob und welchen Einfluß das Gefährdungs- oder das Willensstrafrecht auf die Freiheit und Bindung des Richters hinsichtlich der Feststellung, ob eine Tat strafbar ist, ausübt, hängt ganz von der Gestaltung der Einzeltatbestände ab. Würde sich die Durchführung des Gefährdungsstrafrechts bei der Ausgestaltung der Einzeltatbestände so auswirken, wie sie Oetker in seinem Bericht der Denkschrift der Akademie für Deutsches Recht [63]) erwähnt, daß z. B. statt der Brandstiftung das „Erregen von Brandgefahr" treten würde, so wäre damit ein Spielraum für die richterliche Freiheit gegeben. Denn Begriffe wie „Gefahr" und „gefährlich" kann man zu den normativen Bestandteilen rechnen, oder mindestens stehen sie diesen ganz nahe. In den meisten Fällen müßte der Richter eine Wertung vornehmen. Es ist

---

[59]) ebd., S. 30.
[60]) Pr. Denkschrift, S. 123.
[61]) ebd., S. 124.
[62]) JW 1933/2371 ff.
[63]) Ak. Denkschrift, S. 47.

allerdings zu beachten, daß auch das Strafgesetzbuch schon einige Gefährdungstatbestände unter den sogenannten gemeingefährlichen Delikten enthielt, und daß auch das nationalsozialistische Gesetz nach dem Vorschlag der amtlichen Kommission solche enthalten wird [64]). Aber das ganze neue Strafgesetz in solche Gefährdungstatbestände aufzulösen, wurde entschieden abgelehnt [65]). Freisler stellte ferner fest, daß es eine Verkennung des Begriffes Gefährdungsstrafrecht, wie ihn die Preußische Denkschrift verwendet habe, bedeuten würde, wenn man annehmen wollte, daß das kommende Strafgesetz jedes gefährdende Verhalten unter Strafdrohung stellen wollte [66]).

Wenn man im neuen Strafgesetz von den Tatbeständen, die schon das gefährdende Verhalten unter Strafe stellen, absieht, so kann in der Ausrichtung der Tatbestände nach dem Willensstrafrecht keine richterliche Freiheit hinsichtlich der Strafbegründung erblickt werden. Zwar wird das Willensstrafrecht in der Gestaltung der Tatbestände viel mehr als früher auf subjektive Tatsachen abstellen müssen [67]). Aber auch die Feststellung solcher subjektiv-psychischer Tatbestandselemente erfolgt rein erkenntnismäßig. Sie sind deskriptive Bestandteile, die vom Richter, ohne daß er eine Wertung vornehmen müßte, erkenntnismäßig festgestellt werden können [68]). Die Verwendung von subjektiven Bestandteilen in den Tatbeständen des Willensstrafrechts bedeutet also für den Richter keine Ermessensfreiheit.

Es ist zwar zuzugeben, daß das Willensstrafrecht an den Richter erhöhte Aufgaben stellt, daß Fehlentscheidungen leichter möglich sind, und daß es „wie jedes technisch verfeinerte Instrument in seiner praktischen Handhabung zahlreichen Störungen ausgesetzt" [69]) ist. Aber trotzdem bedeutet das Willensstrafrecht richterliche Bindung. Denn Mehrarbeit ist nicht gleichbedeutend mit Freiheit.

Dagegen gewährt ein Willensstrafrecht dem Richter in der Bemessung der Strafen ein großes Maß von Freiheit. Wenn nämlich für jeden Tatbestand nur ein Strafrahmen aufgestellt wird, der sowohl für die versuchte wie auch für die vollendete Tat maßgebend ist, so müssen diese Strafrahmen sehr weit ausgedehnt sein, damit der Richter in der Lage ist, bei der nur versuchten Handlung eine dem vielleicht geringeren verbrecherischen Willen entsprechende niedrigere

---

[64]) Freisler, Neue StR, S. 138.
[65]) z. B. Mezger, DJZ 1934/99; Oetker, Ak. Denkschrift, S. 46 ff.; Gerland, DJ 1934/226.
[66]) Freisler, Komm. StR I, S. 25.
[67]) ebd. II, S. 58, 65 ff.
[68]) Mezger, Vom Sinn, S. 222.
[69]) Mezger, DJZ 1934/102.

Strafe auszusprechen. Ferner muß dem Richter weitgehend die Möglichkeit der Strafänderung gegeben werden, damit er entsprechend der Grundauffassung des Willensstrafrechts, bei dem Schuld und Sühne einander entsprechen müssen, jeweils eine dem Verschulden des Täters angemessene Strafe verhängen kann. Sowohl weite Strafrahmen wie das Recht der Strafänderung bedeuten aber für den Richter eine Ermessensfreiheit.

2. Immer wieder wurde im Schrifttum betont, daß das nationalsozialistische Gesetz gegenüber dem „statischen" früheren Gesetz „dynamisch" sein müsse [70]). Damit wollte man bezeichnen, daß statt eines starren, unwandelbaren Gesetzes ein dehnbares Gesetz, das Raum für Wertungen im Einzelfall läßt, geschaffen werden muß. Um den Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit zu sichern, und aus der Anerkennung der neben dem Gesetz gleichberechtigten zweiten Rechtserkenntnisquelle und ferner aus der Erkenntnis, daß der Gesetzgeber von vornherein nicht alle irgendwie möglichen Fälle in einem Gesetz festlegen kann, folgt die allgemeine Tendenz der „Lockerung" der Tatbestände.

Eine Lockerung der Tatbestände kommt für diese Betrachtung aber nur insoweit in Frage, als man darunter das Einfügen von normativen Bestandteilen, von wertausfüllungsbedürftigen Begriffen und Generalklauseln versteht. Denn nur dadurch bekommt der Richter die Möglichkeit der selbständigen Wertung und damit schafft das Gesetz einen Spielraum für die richterliche Freiheit. Und kaum etwas hat — wie Freisler betont [71]) — so große Bedeutung für die Freiheit oder Gebundenheit des Richters wie die technische Ausgestaltung der strafgesetzlichen Tatbestände.

Der nationalsozialistische Gesetzgeber wird hinsichtlich der Verwendung von normativen Bestandteilen die Entwicklung fortsetzen, die sich in beschränktem Umfang in den Entwürfen der letzten Jahrzehnte angebahnt hat [72]), und die sich in der Steigerung des richterlichen Ermessens auswirkt. Auch die nach der Machtergreifung durchgeführten Änderungen des Strafgesetzbuchs lassen eine wesentliche Vermehrung normativer Bestandteile deutlich erkennen, so z. B. die „besonders schweren Fälle", die Schädigung des „Wohls des Volkes", der „besonders große Schaden" und das „besonders arglistige" Handeln in § 266 II StGB; oder der „gefährliche" Gewohnheitsverbrecher

---

[70]) z. B. v. Gemmingen, S. 17; Goetzeler, GS 104/350; Franzen, S. 66/67.
[71]) Neue StR, S. 79.
[72]) vgl. Henkel, Die Unabhängigkeit, S. 29; Dahm, DStR 1934/87; Franzen, S. 41.

in § 20 a, die „erheblich verminderte" Zurechnungsfähigkeit in § 51 II, das „gesunde Volksempfinden" in § 2, das „Wohl des Reiches" in §§ 88—90 StGB. Fraglich ist aber, in welchem Maß im nationalsozialistischen Gesetz normative Bestandteile verwendet werden sollen. Wird einerseits betont, daß im völkischen Führerstaat ganz weite Tatbestände genügen, die „überall statt beschreibender deskriptiver, normative wertausfüllungsbedürftige Merkmale enthalten"[73]), so wird andererseits bemerkt, daß der Führerstaat „inhaltlich gefüllte — und nicht lediglich aus Blankettbegriffen zusammengesetzte — Tatbestände" und damit strenge Bindung des Richters an die bestimmten Tatbestände fordere[74]).

Die Preußische Denkschrift verwendet normative Bestandteile gegenüber dem Strafgesetzbuch schon in vermehrtem Maß[75]). Darüber hinaus finden sich Generalklauseln und Generaltatbestände, die ganz normativ ausgerichtet sind. So z. B. die Tatbestände der Lebensgefährdung (S. 52 der Denkschrift), der gewissenlosen Gefährdung des Volksgutes (S. 75), der Wirtschaftsgefährdung (S. 79), der Gefährdung der Betriebssicherheit (S. 95), der sittenwidrigen vorsätzlichen Schadenszufügung (S. 103). Bei der Betrachtung dieser Erweiterung der richterlichen Freiheit kommt Schaffstein zu der Bemerkung, daß die Denkschrift in dieser Hinsicht doch wohl gelegentlich zu weit gehe, so daß in Verbindung mit der Analogie der Richter „eine geradezu unbegrenzte Strafmöglichkeit" erhalte[76]). Die richterliche Rechtsanwendung im neuen Strafrecht müsse formgebunden, aber nicht formalistisch sein[77]). Dagegen hält Dahm die Erweiterung des richterlichen Ermessens für möglich, weil der Richter heute durch die nationalsozialistische Rechtsanschauung und den Willen der politischen Führung gebunden sei[78]).

Nach dem Bericht von Freisler[79]) soll im Entwurf der amtlichen Strafrechtskommission (der bis jetzt nicht veröffentlicht ist) die Struktur der Einzeltatbestände in dreifacher Beziehung geändert werden: 1. durch Aufnahme und Vermehrung normativer Tatbestandselemente in die Einzeltatbestände, 2. durch grundsätzlich normative Ausgestaltung ganzer Tatbestände und 3. durch normative Umschreibung von Tätertypen. Dabei erscheinen die ganz normativ ausgerich-

[73]) Siegert, DStR 1934/379.
[74]) Krüger, ZStW 55/116 u. 120; vgl. auch Herschel, DJZ 1933/1009.
[75]) Dahm, DStR 1934/87; Freisler, Komm. StR II, S. 61.
[76]) Schaffstein, ZStW 53/620.
[77]) Schaffstein, DR 1934/352.
[78]) Dahm, DStR 1934/90.
[79]) Komm. StR II, S. 59.

teten Einzeltatbestände teilweise wiederum als den beschreibend ausgerichteten Tatbeständen übergeordnet, also als eine Art Generaltatbestände, teilweise aber auch in einer Reihe mit den beschreibend aufgebauten Tatbeständen [80]). Die normativen Bestandteile würden sowohl gegenüber dem Strafgesetzbuch wie auch gegenüber der Preußischen Denkschrift erheblich vermehrt werden. Durch die Aufnahme solcher Elemente in die Einzeltatbestände verleihe aber der Gesetzgeber dem Richter nicht die Vollmacht zu beliebiger Wertausfüllung, sondern lediglich zu der Wertausfüllung, die der Vorstellung der Volksführung entspricht. Und an anderer Stelle schreibt Freisler [81]), daß der Gesetzgeber durch Verwendung von normativen Elementen nicht auf die Führung des Richters verzichte; der Gesetzgeber „gibt ihm vielmehr in den normativ gestalteten Einzeltatbeständen Leitbilder und bekennt sich damit zum Grundsatz der freien Führung des Richters, zur sittlichen Bindung des Richters an ein sittliches Recht anstelle der äußeren Bindung des Richters an ein bewertungsfreies und damit außersittliches Recht".

Über die Häufigkeit der Verwendung von normativen Bestandteilen gibt der Bericht Freislers [82]) Aufschluß: „So verwendet der Entwurf häufig in den Tatbeständen das Merkmal des gesunden Volksempfindens, das dem geltenden Recht als Tatbestandselement fremd ist. Der Entwurf verwendet dieses Merkmal bei der unterlassenen Nothilfe, bei der Lebensgefährdung, im Ehrenkränkungsabschnitt bei der Umschreibung der erlaubten Verfolgung berechtigter Zwecke und in entsprechender Weise in dem Abschnitt über den Geheimnisschutz. Außerdem wird dieses normative Element im Allgemeinen Teil bei Notwehr und Notstand verwendet. Neu gegenüber dem geltenden Recht sind ferner etwa die normativen Tatbestandselemente sittliche Pflicht, ehrenhafte Beweggründe, besondere Verwerflichkeit der Art der Ausführung der Tat oder der verfolgten Zwecke, preistreibende Machenschaften. Der Entwurf behält ferner die normativen Tatbestandselemente bei, die bereits durch die nationalsozialistische Novellengesetzgebung in das geltende Recht eingefügt worden sind, wie z. B. Wohl des Reiches und Wohl des Volkes, gröblich entstellte Behauptung, pflichtwidrige Unterlassung. Als weitere normative Tatbestandselemente seien etwa genannt: die ‚berechtigte Entrüstung', die ‚ehrliche, freiwillige Abbitte oder Aussöhnung', die ‚hetzerische Erörterung', die ‚Überreizung oder Irreleitung des Geschlechtsgefühls

[80]) vgl. auch Freisler, Komm. StR II, S. 65.
[81]) Neue StR, S. 81.
[82]) ebd., S. 82.

der Jugend', die wirtschaftliche, künstlerische, geschichtliche oder gewerbliche Bedeutung der Sachen, die Bezeichnung von Gegenständen als natur- oder kulturgeschichtlich wertvoll".

Eine der wichtigsten normativen Bestimmungen ist die Verweisung auf das „gesunde Volksempfinden". Ob die häufige Verwendung dieses Elements aber richtig und notwendig ist, wird mehrfach bezweifelt. So schreibt Lobe, daß die Verwendung dieses Elements nicht überall für den Rechtsunterworfenen genügend deutlich sei. Für den Rechtsgenossen müsse es deutlich erkennbar sein, was durch die Vorschrift geboten oder verboten sei; denn anders könne er seiner Rechtsbeachtungspflicht nicht genügen und anders könne er auch durch Nichtbeachtung der Verbote und Gebote gerade im Willensstrafrecht nicht in strafrechtliche Schuld verfallen [83]). Zimmerl meint, es sei Aufgabe des Gesetzgebers, zu sagen, was seiner Meinung nach gesundes Volksempfinden ist und was nicht. „Eine Abwälzung dieser Entscheidung auf den Richter bedeutet die Abwälzung einer Verantwortung, die dieser nicht zu tragen vermag. Die ständige Verweisung auf das gesunde Volksempfinden bietet dem Richter gerade n i c h t, was er braucht. Sie stellt keinen Wegweiser dar, sondern den Befehl, den richtigen Weg gefälligst selber zu finden." [84]) Die amtliche Strafrechtskommission war sich aber darüber klar, daß eine allzu häufige Verweisung des Richters auf das gesunde Volksempfinden unrichtig wäre. Das spricht auch Freisler offen aus [85]). Jene Erkenntnis war deshalb maßgebend für die Beurteilung, wie häufig diese Verweisung verwendet werden kann.

Der Entwurf baut ferner eine ganze Reihe wichtigster Tatbestände in sittlich bewertungsbedürftiger Art auf. Als Beispiele nennt Freisler [86]) die Beschimpfung der deutschen Vergangenheit, die Zersetzung des Fortpflanzungswillens des Volkes, die Gefährdung der Arbeitskraft, die Zersetzung des völkischen Arbeitswillens, die Zersetzung des völkischen Wehrwillens, die Entweihung von Ehrenmalen, die Aufwiegelung von Soldaten und als deutlichstes Beispiel den Mord, weil hier die entscheidende Unterscheidung in der sittlichen Bewertung liege, die der Richter im Einzelfall vorzunehmen habe.

Und endlich sollen gewisse Tatbestände im kommenden Gesetz durch Tätertypen gekennzeichnet werden, die eine „normative

---

[83]) Lobe, GS 108/229, 230.
[84]) Zimmerl, Gesetz und materielle Gerechtigkeit, S. 241.
[85]) ZStW 55/520.
[86]) Neue StR, S. 82.

Zeichnung aufweisen", wie etwa den Tätertyp des Volksverleumders, des Mörders und des Totschlägers [87]).

Ohne Kenntnis des genauen Wortlauts des künftigen Gesetzes läßt es sich jedoch nicht bestimmt sagen, ob die Umschreibung von normativen Tätertypen für den Richter eine gewisse Freiheit bedeutet. Sicherlich aber wird dem richterlichen Ermessen durch die Einfügung von normativen Bestandteilen in die Tatbestände und durch die grundsätzlich normative Ausgestaltung ganzer Tatbestände ein weiter Spielraum eingeräumt, ein viel weiterer als im Strafgesetzbuch und in den Reformentwürfen, und auch ein weiterer als in der Preußischen Denkschrift.

Wurde im Vorstehenden besonders auf die Ausgestaltung der Tatbestände des Besonderen Teils eingegangen, so muß noch ergänzend die Ausgestaltung einzelner Tatbestände des Allgemeinen Teils erwähnt werden.

Das nationalsozialistische Gesetz soll Begriffsbestimmungen für die beiden Schuldformen Vorsatz und Fahrlässigkeit enthalten. In grundsätzlicher Übereinstimmung mit den Vorschlägen der Denkschrift der Akademie für Deutsches Recht und den nationalsozialistischen Leitsätzen enthält der Entwurf der amtlichen Strafrechtskommission besondere Begriffsbestimmungen [88]). Danach gehört zum Vorsatz auch das Bewußtsein, Unrecht zu tun oder gegen ein Gesetz zu verstoßen. Damit ist die Verinnerlichung und Versittlichung des Schuldbegriffs erreicht. Freisler schreibt dazu, daß sich früher der Vorsatz ausschließlich im Gebiete des Erkenntnismäßigen bewegte, jetzt aber eine sittliche Wertung durch den Richter hinzutrete [89]). Damit wäre auch dem richterlichen Ermessen beim Vorsatz ein Spielraum eingeräumt.

Es ist jedoch nicht anzuerkennen, daß durch die neue Bestimmung des Vorsatzes eine Wertung des Richters erforderlich würde. Es handelt sich um eine reine Feststellung des subjektiv-psychischen Merkmals, ob der Täter das Bewußtsein hatte, Unrecht zu tun oder gegen ein Gesetz zu verstoßen. Diese Feststellung ist grundsätzlich gleicher Art wie etwa die Feststellung in § 242 StGB, ob der Täter die Absicht der rechtswidrigen Zueignung hatte. Es handelt sich um eine erkenntnismäßige, kognitive Tätigkeit des Richters, nicht um eine wertende. Es ist also trotz der Versittlichung

---

[87]) Freisler, Komm. StR II, S. 65.
[88]) Komm. StR I, S. 70/71.
[89]) Freisler, Neue StR, S. 70.

des Vorsatzbegriffes kein Raum für richterliche Freiheit oder für richterliches Ermessen[90]).

Dagegen hat bei der Feststellung der Fahrlässigkeit der Richter zu werten, was an „pflichtgemäßer Sorgfalt" vom Täter erwartet werden konnte. Hier bleibt für das richterliche Ermessen ebenso wie bei der Bestimmung des Begriffes Leichtfertigkeit ein größerer Spielraum.

Bei der Frage, ob ein Irrtum beachtlich oder unbeachtlich ist, kommt es nach dem Entwurf der amtlichen Strafrechtskommission darauf an, ob der Irrtum auf einer Einstellung beruht, die mit der gesunden Volksanschauung über Recht und Unrecht unvereinbar ist[91]). Auch hier muß der Richter eine Wertung vornehmen, d. h. die Bestimmung läßt ihm ein gewisses Maß von Freiheit.

Die Bestimmungen des Entwurfs über Schuldunfähigkeit und über verminderte Schuldfähigkeit sind hinsichtlich des richterlichen Ermessens gleich wie die des durch eine nationalsozialistische Novelle geänderten § 51 StGB. Bei der verminderten Schuldfähigkeit besteht die richterliche Freiheit in der Feststellung, wann die Fähigkeit, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln „erheblich vermindert" war.

IV. Das künftige Strafgesetz wird der Regelung der Strafzumessung besondere Beachtung schenken. Denn die Strafbemessung entscheidet nicht bloß über das Geschick oder sogar über die ganze Lebensexistenz des Rechtsbrechers, sondern bestimmt vor allem auch das Maß des Schutzes der Volksgesamtheit vor der Straftat. Gerade aber auf dem Gebiet der Strafzumessung muß der Gesetzgeber dem Richter ein weites Maß von Freiheit einräumen, weil nur der Richter in der Lage ist, den Einzelfall zu beurteilen und eine entsprechende Sühne zu finden. Die Frage, in welchem Umfang das Gesetz dem Richter bei der Strafzumessung freie Hand lassen will, ist deshalb auch von besonderer Wichtigkeit.

1. Die Anzahl der Strafarten, die ein Gesetz dem Richter zur Verfügung stellt, insbesondere aber deren Ausgestaltung, sind für den Umfang des richterlichen Ermessens von Bedeutung.

Nach sämtlichen Vorschlägen soll auch in Zukunft die Todesstrafe beibehalten werden.

Bei den Freiheitsstrafen soll nach dem Vorschlag der amtlichen

---

[90]) vgl. Schäfer, Komm. StR I, S. 64.
[91]) Komm. StR I, S. 71.

Kommission[92]) und den nationalsozialistischen Leitsätzen[93]) die Anzahl auf drei herabgesetzt werden. Beibehalten werden Zuchthaus-, Gefängnis- und Haftstrafe. Die Festungshaft, die „Kavalierstrafe" des Strafgesetzbuchs, soll in Zukunft wegfallen. Die Denkschrift der Akademie für Deutsches Recht hatte darüber hinaus als weitere Art noch die Kerkerstrafe vorgeschlagen[94]). Ebenso hat die amtliche Kommission bei der ersten Lesung eine weitere Strafart vorgesehen, wovon aber in der zweiten Lesung des Entwurfs Abstand genommen worden ist.

Die Dauer der Zuchthausstrafe soll nach den letzten Vorschlägen[95]) entsprechend der bisherigen Regelung entweder lebenslänglich sein oder zwischen 1 bis 15 Jahren betragen. Dagegen soll die Höchstdauer der Gefängnis- und der Haftstrafe gegenüber dem bisherigen Zustand wesentlich heraufgesetzt werden, und zwar bei Gefängnis auf 10 Jahre, bei Haft auf 2 Jahre. Zwar soll auch die Mindeststrafe bei Gefängnis auf 2 Wochen, bei Haft auf 3 Tage (nach den nationalsozialistischen Leitsätzen auf 1 Monat bzw. 1 Woche) heraufgesetzt werden. Trotzdem wird infolge der wesentlichen Erweiterung der Höchstdauer die Freiheit des Richters größer werden.

Eine wesentliche Erweiterung der richterlichen Freiheit gegenüber dem geltenden Strafgesetzbuch bedeutet die Möglichkeit, besondere Strafverschärfungen für die Zuchthaus- und Gefängnisstrafe (Minderung der Kost auf Wasser und Brot, Entzug der Zellenbeleuchtung, hartes Lager) anzuordnen. Dadurch wird auch die durch den Wegfall der Festungshaft erfolgte Einschränkung der richterlichen Freiheit wieder ausgeglichen. Zwar sah schon der VE in § 18 die Zulässigkeit der Anordnung von Strafverschärfungen durch den Richter vor; auch der E 13 hatte in § 54 eine ähnliche Bestimmung. Die späteren Reformentwürfe aber wandten sich, wahrscheinlich bedingt durch die in der Nachkriegszeit einsetzenden Tendenzen der Milderung des Strafvollzugs, von den Strafverschärfungen wieder ab. Die nationalsozialistischen Vorschläge[96]) dagegen treten, um eine weitere Differenzierung der Strafen zu erreichen und um die Sühne dem Maße der Schuld, dem Grad des verbrecherischen Willens des Täters noch weiter anpassen zu kön-

---

92) Komm. StR I, S. 124 ff.
93) NS-Leitsätze I, S. 17 u. 40.
94) Ak. Denkschrift, S. 104, 105.
95) Komm. StR I, S. 132 ff.; NS-Leitsätze I, S. 40.
96) Pr. Denkschrift, S. 140; Ak. Denkschrift, S. 107; Komm. StR I, S. 128ff.; NS-Leitsätze I, S. 38.

nen, dafür ein, dem Richter die Anordnung besonderer Verschärfungen der Zuchthaus- und Gefängnisstrafen zu gestatten, wenn die Tat von besonderer Roheit, Bosheit, Grausamkeit oder Verworfenheit zeugt. Es bleibt also einerseits dem Ermessen des Richters überlassen, ob und welche Schärfung er aussprechen will, und andererseits ist auch bei der Feststellung der Voraussetzungen für die Strafverschärfungen eine wertende Tätigkeit des Richters erforderlich. Ob die verschiedenen Möglichkeiten der Strafverschärfung dem Richter so zur Verfügung gestellt werden, daß er sie in Anpassung des einzelnen Falles alle zugleich verhängen oder unter ihnen auswählen oder sie je nach Bedarf miteinander kombinieren könne, was im übrigen der allgemeinen Tendenz der künftigen Gesetzgebung, dem Richter möglichst Freiheit in der Einzelfestsetzung der Strafe zu lassen, entsprechen würde, ist jedoch von der amtlichen Kommission noch nicht entschieden[97]).

Die Ehrenstrafen, die im nationalsozialistischen Staat von erhöhter Bedeutung sind, werden ausgebaut[98]). Der Richter soll in Zukunft beim Ausspruch einer Ehrenstrafe freier gestellt sein als wie im Strafgesetzbuch.

Die wichtigste Ehrenstrafe, die „Ehrlosigkeit" (etwa vergleichbar mit der „Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte" des Strafgesetzbuchs) wird im kommenden Strafgesetz nicht als zwingende Strafe bestimmter Verbrechensarten vorgesehen, der Ausspruch der Ehrlosigkeit wird vielmehr grundsätzlich dem Ermessen des Richters überlassen werden. Mit der Gefängnisstrafe werden Ehrenfolgen regelmäßig nicht verbunden sein; es wird dem Ermessen des Richters überlassen bleiben, ob und welche Ehrenfolgen er an das Gefängnis knüpfen will[99]).

Entgegen dem bisherigen Strafgesetz wird als weitere Ehrenstrafe die öffentliche Bekanntmachung in Zukunft weiteste Verwertung finden. Schon die Denkschrift des Preußischen Justizministers tritt für eine gegenüber dem bisherigen Recht erweiterte Anwendung der öffentlichen Bekanntmachung ein[100]). Nach dem Vorschlag der amtlichen Strafrechtskommission wird sie aber bei allen strafbaren Handlungen nach dem Ermessen des Richters möglich sein[101]).

---

[97]) Komm. StR I, S. 131.
[98]) Pr. Denkschrift, S. 115, S. 142 ff.; Komm. StR I, S. 137 ff.; Ak. Denkschrift, S. 21, S. 113 ff.
[99]) Komm. StR I, S. 138.
[100]) Pr. Denkschrift, S. 143.
[101]) Komm. StR I, S. 142.

Als Vermögensstrafen sollen im künftigen Strafgesetz außer der Geldstrafe die Vermögenseinziehung und die Verfallerklärung in Frage kommen [102]). Ob die Vermögenseinziehung dem richterlichen Ermessen überlassen bleibt, wie es die Preußische Denkschrift vorschlägt [103]), läßt sich nach den bisherigen Äußerungen nicht eindeutig feststellen. Die Verfallerklärung soll dagegen dem Richter bindend vorgeschrieben werden. Bei der Verhängung von Geldstrafen wird der Richter gegenüber den ursprünglichen Bestimmungen des Strafgesetzbuches eine wesentlich größere Freiheit, gegenüber dem Geldstrafengesetz von 1923 aber ein mindestens ebenso großes Maß von Freiheit besitzen. Um auch für solche Täter, die einen sehr großen Reichtum besitzen, eine gerechte, ihren Verhältnissen angemessene Strafe aussprechen zu können, wird die Geldstrafe in Zukunft nach oben unbegrenzt sein [104]). Dies wird auch für den Fall gelten, wenn gegen einen Täter, der in Bereicherungsabsicht gehandelt hat, neben einer Freiheitsstrafe noch auf eine Geldstrafe erkannt wird. Dadurch wird die richterliche Freiheit nicht unwesentlich erweitert.

2. Völlige Ermessensfreiheit des Richters, wonach dieser selbst bei jeder Straftat Art und Maß der Strafe bestimmen soll, wird fast einstimmig abgelehnt [105]). Vielmehr soll die Aufgabe, die im Einzelfall richtige Strafe zu finden, zwischen dem Gesetzgeber und dem Richter aufgeteilt werden. Der Gesetzgeber einerseits muß die grundsätzliche Bestimmung der Straffolgen treffen, dem Richter andererseits muß aber ein Spielraum für eine gerechte, dem Einzelfall entsprechende Straffestsetzung überlassen bleiben. Es wird deshalb auch in Zukunft an dem Strafrahmensystem festgehalten werden, wobei die Strafrahmen möglichst weit gespannt sein sollen. Um dem Richter die Möglichkeit weitgehender Differenzierung zu geben, sollen die Strafrahmen, wenn nötig, auch verschiedene Strafarten zur Verfügung stellen.

Über den Umfang der Strafrahmen, der für die richterliche Ermessensfreiheit von großer Bedeutung ist, treten im Schrifttum verschiedene Ansichten auf. Wenn für Versuch und Vollendung, Täterschaft und Beihilfe grundsätzlich nur ein Strafrahmen zur Verfügung gestellt wird, wie es Freisler zunächst vorgeschlagen hatte [106]),

---

102) Komm. StR I, S. 142 ff.; Ak. Denkschrift, S. 109.
103) Pr. Denkschrift, S. 142.
104) Pr. Denkschrift, S. 115; Ak. Denkschrift, S. 109; Neue StR, S. 123.
105) Ak. Denkschrift, S. 120; Komm. StR I, S. 167; NS-Leitsätze II, S. 29 (Leitsatz 9).
106) Ak. Denkschrift, S. 14 und S. 22; dagegen waren Oetker, ebenda,

so muß dieser nach unten sehr ausgeweitet werden, damit für die nur versuchte Straftat oder für den Gehilfen unter Umständen eine entsprechend geringere Strafe ausgesprochen werden könnte. Die amtliche Kommission hat jedoch in der 2. Lesung des Entwurfs von diesem Vorschlag Abstand genommen und die Strafrahmen nach unten begrenzt, um ein Abgleiten bei der Strafzumessung zu vermeiden. Ferner kam die Kommission zur Überzeugung, daß es sich wohl nicht umgehen lassen werde, auch eine Anzahl privilegierter und qualifizierter Tatbestände mit geringeren und höheren Sonderstrafrahmen im Besonderen Teil aufzuführen. Trotz allem werden die Strafrahmen bedeutend weiter sein als im Strafgesetzbuch, weshalb die ausdrückliche Regelung vieler Einzeltatbestände lediglich der Verschiedenheit der gesetzlichen Strafrahmen wegen überflüssig wird. Daß die Strafrahmen künftig viel weiter, sowohl nach unten wie nach oben, ausgedehnt sind, zeigt sich auch daran, daß das neue Gesetz nur etwa 12 Strafrahmen gegenüber den etwa 65 Strafrahmen des Strafgesetzbuches aufstellen wird [107]). Damit wird auch die Freiheit des richterlichen Ermessens erheblich ausgedehnt [108]).

Nach dem Vorschlag des Reichsrechtsamts der NSDAP [109]) soll die Strafrahmenspanne sogar so weit sein, daß die Strafrahmengrenzen grundsätzlich mit den Höchst- und Mindestgrenzen der angedrohten Strafart zusammenfallen; und wenn die Strafspanne einer Strafart nicht ausreiche, soll die nächst höhere oder nächst niedrigere Strafart zur Wahl gestellt werden. Freisler ist jedoch der Auffassung, die Strafrahmen dürften — was die Freiheitsstrafen anlangt — nicht einfach mit dem Raum zwischen gesetzlicher Mindest- und Höchststrafe der Strafart zusammenfallen [110]); er hält daher die im Entwurf der amtlichen Kommission festgesetzten Strafrahmen für ausreichend und richtig.

Als absolute Strafe erscheint — abgesehen von der Verfallerklärung — nur die Todesstrafe in wenigen schwersten Fällen, nämlich bei Verrat am Volke und bei erpresserischem Kindsraub [111]). Die amtliche Kommission hat ernstlich erwogen, ob nicht angesichts der Mannigfaltigkeit des Lebens sogar bei diesen Verbrechen die Möglichkeit geschaffen werden sollte, in ganz besonders ge-

---

S. 55/56 und S. 129/130, und Schoetensack, ebd., S. 66/67; Komm. StR I, S. 35; teilweise a. M. Neue StR, S. 138.

[107]) Freisler, Neue StR, S. 116.

[108]) Vergl. Hellwig, DStR 1936, S. 419.

[109]) NS-Leitsätze II, S. 30/31 (Leitsatz 10).

[110]) Komm. StR II, S. 67.

[111]) Neue StR, S. 142.

lagerten Ausnahmefällen von der Todesstrafe schon im richterlichen Urteil abzusehen [112]).

Nach dem Vorschlag der Preußischen Denkschrift soll der Richter sogar ganz allgemein die Befugnis erhalten, neben jeder Freiheitsstrafe auch auf Geldstrafe zu erkennen [113]).

3. Der Begriff der Strafzumessungsgrundsätze kann in einem weiteren und in einem engeren Sinn verwendet werden. Zu dem Begriff im weiteren Sinn gehören sämtliche Vorschriften, die irgendwie die Strafbemessung betreffen und damit zusammenhängen. Im engeren Sinn werden darunter aber nur die besonderen Bestimmungen verstanden, die dem Richter vorschreiben, welche Gesichtspunkte er im Einzelfall bei der Strafzumessung zu berücksichtigen hat. Nur von diesen besonderen Bestimmungen soll hier die Rede sein.

Je größer die Freiheit ist, die ein Gesetz dem Richter bei der Bestimmung der Strafe einräumt, desto stärker wird sich das Verlangen geltend machen, durch allgemeine Strafzumessungsgrundsätze dem Richter eine Anweisung für die Auswahl der Strafart und die Bestimmung des Strafmaßes zu geben, um Ungleichheiten und Ungerechtigkeiten bei der Strafzumessung zu vermeiden. Schon die Reformentwürfe haben die Frage der Strafzumessung mit großer Sorgfalt behandelt. Es entstand ein immer längerer Katalog der Umstände, nach denen der Richter die Strafe bemessen soll (vgl. § 67 des E 25, § 69 des E 27).

Auch das künftige Gesetz wird allgemeine Strafbemessungsregeln enthalten [114]), die aber im Gegensatz zu den Bestimmungen der Reformentwürfe vom Standpunkt der Berücksichtigung der Belange und Notwendigkeiten der Volksgesamtheit aus aufgestellt werden. Nach nationalsozialistischer Anschauung muß die Strafe nach Art und Maß vor allem zum Ausdruck bringen, daß sich der Täter gegen die Gesamtheit vergangen hat und ihr gegenüber sein Tun zu verantworten und zu sühnen hat. Erst von dieser Grundlage aus darf die Persönlichkeit des einzelnen Täters in Betracht gezogen werden. Die künftigen Grundsätze für die Strafbemessung werden sich von jeder Kasuistik, die notwendigerweise gerade hier unvollständig bleiben müßte, freihalten und nur allgemeine Regeln enthalten, die dem Richter das Ziel seiner Tätigkeit bei der Straf-

---

112) Komm. StR I, S. 166.
113) Pr. Denkschrift, S. 122.
114) Ak. Denkschrift, S. 134; Komm. StR I, S. 163 ff.; Neue StR, S. 120.

bemessung aufzeigen sollen. Sie werden aber so gefaßt werden, daß sie dem richterlichen Ermessen, das auf dem Gebiete der Strafzumessung unbedingt gewährleistet werden muß, keine allzusehr hemmenden Schranken auferlegen werden [115]).

4. Der Entwurf der amtlichen Kommission stellt keine allgemeine Strafschärfungsbestimmung auf, insbesondere hat sich bei der 2. Lesung des Entwurfs die Kommission bei der Regelung der „besonders schweren Fälle" dahin entschieden, sie nicht zu einem allgemeinen, einheitlich geregelten Strafschärfungsgrund zu machen [116]).

Die Reformentwürfe (z. B. § 76 des E 25, § 77 des E 27) gehen davon aus, daß die Voraussetzungen für die Annahme eines besonders schweren Falles im Allgemeinen Teil umschrieben werden sollen, während die Frage, ob und wie sich in besonders schweren Fällen Art oder Maß der ordentlichen Strafe ändert, bei den Tatbeständen im Besonderen Teil bestimmt werden soll. Im künftigen Strafgesetz dagegen wird die Regelung bei den einzelnen, in Betracht kommenden Tatbeständen im Besonderen Teil erfolgen. Dabei soll nicht bloß bestimmt werden, ob und wie sich die Strafe ändert, sondern es sollen auch über die allgemeinen, normativ gehaltenen Voraussetzungen hinaus geeignete, auf den einzelnen Tatbestand abgestellte Beispiele zur Verdeutlichung für den Richter aufgeführt werden. Mit dieser Regelung bekommt zwar der Richter insofern eine gewisse Freiheit, als er beim Vorliegen eines besonders schweren Falles über den Normalstrafrahmen hinausgehen kann; jedoch ist das Ermessen wieder beschränkt durch die ihn zum Teil bindenden Voraussetzungen. Auch kann nur in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen eine Strafschärfung eintreten.

Das Reichsrechtsamt der NSDAP schlägt eine allgemeine Bestimmung vor, die für alle strafbaren Verfehlungen den Richter ermächtigen soll, in außergewöhnlich schweren Fällen den als Richtschnur für die Regelfälle aufgestellten Strafrahmen zu überschreiten, weil eine Beschränkung auf einzelne Delikte willkürlich wäre [117]). Damit würde aber auch das richterliche Ermessen außerordentlich gesteigert.

An Stelle der Einzelregelung der sogenannten uneigentlichen Amtsdelikte (Delikte, die auch von einem Nichtbeamten begangen

---

[115]) Schäfer, Komm. StR I, S. 165.
[116]) Komm. StR I, S. 177/178.
[117]) NS-Leitsätze II, S. 31.

werden können), soll in Zukunft eine allgemeine Strafschärfungsvorschrift angenommen werden, wonach der Mißbrauch der Amtsstellung bei der Bemessung der Strafe strafschärfend zu berücksichtigen ist, wenn ein Amtsträger in oder bei Ausübung des Amtes eine vorsätzliche Straftat begeht, bei der das Gesetz die Eigenschaft des Täters als Amtsträger nicht bereits berücksichtigt hat[118]). Darüber hinaus wollen die nationalsozialistischen Leitsätze eine solch allgemeine Strafschärfungsvorschrift nicht nur für Beamte, sondern ganz allgemein für solche Personen, von denen auf Grund ihrer Stellung und ihrer Aufgabe in der Volksgemeinschaft ein höheres Verantwortungsbewußtsein verlangt werden muß[119]). Beide Vorschläge bedeuten eine gewisse Erweiterung des richterlichen Ermessens, wobei allerdings bei der von den nationalsozialistischen Leitsätzen vorgesehenen Regelung die Freiheit des Richters bedeutend größer sein dürfte.

Auch die bereits durch die nationalsozialistische Novellengesetzgebung als § 20 a in das Strafgesetzbuch eingefügte Strafschärfungsvorschrift für gefährliche Gewohnheitsverbrecher überläßt dem Richter ein bestimmtes, wenn auch nicht sehr großes Maß von Freiheit. Die entsprechenden Bestimmungen der letzten Reformentwürfe (§ 77 des E 25, § 78 des E 27) stellen auch die Frage, ob beim Vorliegen der Voraussetzungen die Strafschärfung angeordnet werden soll, in das Ermessen des Richters, während dies in § 20 a Abs. 1 dem Richter bindend vorgeschrieben ist. Dagegen kennen die Reformentwürfe die sehr weite Vorschrift des § 20 a Abs. 2 StGB nicht, wodurch dem Richter ein sehr weiter Ermessensspielraum überlassen ist. Die Bestimmung des § 20 a StGB soll auch in das künftige Strafgesetz übernommen werden, allerdings mit der Änderung, daß die Nichtberücksichtigung lange zurückliegender Verurteilungen oder Taten nicht mehr wie bisher zwingend vorgeschrieben, sondern in das Ermessen des Richters gestellt werden soll[120]).

Die Vorschriften über Tateinheit und Tatmehrheit werden unter dem Gesichtspunkt des Willensstrafrechts ebenfalls eine Änderung gegenüber der seitherigen Regelung erfahren. Gefordert werden für beide Konkurrenzformen die Einheitsstrafe[121]) und die

---

118) Komm. StR I, S. 180; Komm. StR II, S. 327/328..

119) NS-Leitsätze II, S. 89 (Leitsatz 42).

120) Komm. StR I, S. 179.

121) Pr. Denkschrift, S. 123; Komm. StR I, S. 236; NS-Leitsätze I, S. 36; gegen die Einheitsstrafe: Hellmuth Mayer in Ak. Denkschrift, S. 144; Lobe, GS Bd. 107, S. 139.

gleiche Vorschrift für die Strafbemessung. Auch durch diese Regelung wird der Richter freier gestellt werden; denn einerseits kann auch bei Tateinheit künftig das gesetzliche Höchstmaß der angedrohten schwersten Strafe überschritten werden und andererseits wird der Richter bei der Tatmehrheit nicht mehr daran gebunden sein, für die einzelnen Straftaten Einsatzstrafen auszuwerfen, deren Summe als relative Höchstgrenze für die Gesamtstrafe maßgebend ist.

5. Hinsichtlich der Bestimmungen über Strafmilderung hat die amtliche Kommission gegenüber der Regelung im Strafgesetzbuch wie der Regelung in den Reformentwürfen zum größten Teil eine wesentlich neue Richtung eingeschlagen. Das Strafgesetzbuch kennt nur das System der mildernden Umstände, wobei im Rahmen der Einzeltatbestände geregelt ist, ob und wie die Strafe gemildert werden kann. Die Reformentwürfe haben die mildernden Umstände beibehalten und sie zum Teil als allgemeine für alle Fälle geltende Bestimmung ausgebaut (§ 87 des GE, § 113 des E 19, § 73 des E 25, § 74 des E 27; anders § 82 des VE, § 113 KE). Darüber hinaus haben die Reformentwürfe (§ 83 des VE, § 88 des GE, § 116 des KE, § 116 des E 19, § 75 des E 25) außer dem E 27 (§ 76) dem Richter die Möglichkeit geschaffen, ganz allgemein in besonders leichten Fällen die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern. Ferner kann der Richter nach sämtlichen Reformentwürfen in den besonders vom Gesetz bestimmten Fällen sogar von einer Strafe ganz absehen.

Die amtliche Kommission will jedoch dem Richter nicht so große Milderungsmöglichkeiten einräumen wie die Reformentwürfe. Die mildernden Umstände werden in Übereinstimmung mit der Denkschrift des Preußischen Justizministers in Zukunft nicht beibehalten werden[122]). Während die Preußische Denkschrift noch für einen allgemeinen Milderungsgrund bei „besonders leichten Fällen" eintritt[123]), war sich die amtliche Kommission nicht schlüssig, ob eine Strafmilderungsvorschrift für die besonders leichten Fälle endgültig in den Entwurf übernommen werden soll[124]). Dagegen wollen die nationalsozialistischen Leitsätze dem Richter in einer allgemeinen Bestimmung für alle strafbaren Verfehlungen die Möglichkeit geben, in außergewöhnlich leichten Fällen die

---

[122]) Pr. Denkschrift, S. 114; Komm. StR I, S. 170.
[123]) Pr. Denkschrift, S. 114, S. 121.
[124]) Komm. StR I, S. 180.

Strafe entsprechend zu mildern[125]), wodurch das richterliche Ermessen eine außerordentliche Steigerung erfahren würde. Die amtliche Kommission empfiehlt noch für gewisse minder schwere Fälle bei den einzelnen Tatbeständen neben den ordentlichen Strafrahmen besondere, mildere Strafdrohungen vorzusehen[126]).

Ferner wird das künftige Gesetz noch eine Reihe von besonderen gesetzlichen Milderungsgründen vorsehen[127]). In Betracht kommen folgende Fälle: verminderte Zurechnungsfähigkeit, Taubstummheit, Überschreitung der Notwehr oder des Notstandes, Versuch, Beihilfe, Begehung eines Sonderdelikts durch einen Täter, bei dem die die Strafbarkeit der Tat begründenden besonderen Eigenschaften oder Verhältnisse nicht vorliegen, erfolgloses Verleiten, Sicherbieten oder Sichbereiterklären zu einem Verbrechen, Verabredung eines Verbrechens oder ernstliche Verhandlungen über Begehung eines Verbrechens, Begehung der Tat durch Unterlassen. Während das Strafgesetzbuch einen Teil dieser Fälle überhaupt nicht geregelt hat, in den übrigen Fällen aber dem Richter bindend vorschreibt, wie er zu handeln hat, stellen die Reformentwürfe schon in erheblichem Maße durch teils fakultative Bestimmungen die Entscheidung in das Ermessen des Gerichts. In Zukunft soll aber in diesen Fällen die Milderung der Strafe ausschließlich nicht mehr zwingend vorgeschrieben werden, sondern dem Ermessen des Richters überlassen bleiben; dadurch wird die richterliche Freiheit wesentlich erhöht werden.

In einigen besonderen Fällen ist vorgesehen, daß der Richter nach seinem Ermessen von der Strafe ganz absehen kann. Dies soll der Fall sein bei der Überschreitung von Notwehr und Notstand, in den Fällen betätigter Reue und beim absolut untauglichen Unternehmen, sofern sich die Untauglichkeit des angewandten Mittels zur Lächerlichkeit steigert[128]).

Abschließend kann gesagt werden, daß die Regelung der Strafschärfungs- und Strafmilderungsvorschriften, wie sie die amtliche Kommission nunmehr vorgesehen hat, als eine Aufstellung gewisser fester Richtlinien für das Ermessen des Richters angesehen werden kann[129]).

---

[125]) NS-Leitsätze II, S. 31 (Leitsatz 10).
[126]) Komm. StR I, S. 181.
[127]) ebd., S. 171 und S. 181; vergl. dazu Pr. Denkschrift, S. 132; Ak. Denkschrift, S. 14, 16, 22, 86, 129; NS-Leitsätze I, S. 34.
[128]) Komm. StR I, S. 89, 37, 36.
[129]) Lobe, GS 107, 127.

V. Die Denkschrift des Preußischen Justizministers lehnt die Einführung von Sicherungs- und Besserungsmaßnahmen neben der Strafe ab, weil sie dem Grundsatz der Einspurigkeit der Reaktion des Staates gegen Rechtsbrecher widersprechen würden [130]). Dagegen hat sich die amtliche Kommission in Übereinstimmung mit der Denkschrift der Akademie für Deutsches Recht für die sogenannte Zweispurigkeit entschieden: Die Strafe begegnet dem schuldhaften Willen, die Sicherungs- und Besserungsmaßnahmen treten ohne Rücksicht auf das Bestehen oder das Maß eines schuldhaften Willens lediglich aus Gründen der Sicherung der Volksgemeinschaft ein [131]).

Bereits durch die Novelle vom 24. 11. 1933 wurden Maßregeln der Sicherung und Besserung in das geltende Strafgesetzbuch eingeführt. Dadurch wurde dem Richter die Möglichkeit gegeben, neben oder anstatt der Strafen Maßnahmen der Sicherung oder Besserung auszusprechen. Dem Richter ist zwar außer bei der Anordnung der Entmannung und dem Verbot der Berufsausübung bindend vorgeschrieben, eine Maßregel auszusprechen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen. Jedoch ist bei der Prüfung der Voraussetzungen dem richterlichen Ermessen ein Spielraum gegeben, weil der Gesetzgeber die Voraussetzungen zum Teil mit normativen Begriffen umschrieben hat. Wieder ganz in das Ermessen des Richters ist die Frage gestellt, ob er gegebenenfalls verschiedene Maßregeln nebeneinander anordnen will. Verglichen mit den entsprechenden Bestimmungen der letzten Reformentwürfe (§ 42 ff. des E 25, § 55 ff. des E 27) ist das Maß der Freiheit des Richters insgesamt gesehen nach der jetzigen Regelung größer; denn die Reformentwürfe kannten z. B. nicht die Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher und die Untersagung der Berufsausübung; dagegen war allerdings in den Reformentwürfen die Verhängung der Sicherungsverwahrung in das Ermessen des Richters gestellt worden.

Mit gewissen Änderungen sollen die geltenden Bestimmungen als Maßregeln der Sicherung, Besserung und Heilung in das künftige Gesetz übernommen werden. Als eine das richterliche Ermessen erweiternde Änderung soll in Zukunft für die heilenden Maßnahmen bestimmt werden, daß das Gericht befugt sein soll, die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt, Heil- und Pflegeanstalt oder in einem Arbeitshaus für eine Probezeit aufzuschieben, wenn

---

[130]) Pr. Denkschrift, S. 114, 138.
[131]) Ak. Denkschrift, S. 19 und S. 90 ff.; Komm. StR I, S. 150 ff.

erwartet werden kann, daß der Verurteilte die Kraft finden werde, sich künftig von Straftaten fernzuhalten[132]).

Die Fälle der Einziehung sollen künftig erweitert und einheitlich als sichernde Maßnahmen ausgestaltet werden. Die Bestimmungen werden teils obligatorischer, teils fakultativer Art sein. Das Ermessen des Richters wird aber dabei nicht größer sein als wie nach der Regelung im Strafgesetzbuch.

Die amtliche Kommission hat im übrigen davon Abstand genommen, dem Richter auch gewisse Verwaltungsmaßnahmen wie z. B. Polizeiaufsicht, Wirtshausverbot zu übertragen, wie es noch die Denkschrift des Preußischen Justizministers vorgeschlagen hatte[133]).

VI. Sowohl die Denkschrift der Akademie für Deutsches Recht wie die amtliche Kommission schlagen die Einführung der „Verwarnung mit Strafvorbehalt" vor, die keinen Strafcharakter besitzt[134]). Das Urteil, das die Verwarnung ausspricht, enthält eine Entscheidung sowohl der Schuldfrage als auch der Straffrage. Die Strafe wird jedoch nur dann ausgesprochen, wenn sich der Täter innerhalb einer Probezeit nicht gesetzmäßig führt.

Der Richter hat nach seinem Ermessen zu entscheiden, ob er die Verwarnung aussprechen, ob er dazu noch gewisse Nebenmaßnahmen verhängen und ob er dem Täter besondere Pflichten auferlegen will. Jedoch ist das richterliche Ermessen nicht unwesentlich wieder beschränkt durch eine Reihe von bindenden Voraussetzungen. Die Verwarnung ist in der 2. Lesung des amtlichen Entwurfs nur dann für zulässig erklärt worden, wenn der Täter Gefängnis oder Haft bis zu einem Monat oder Geldstrafe bis zu 30 Tagesbußen allein oder nebeneinander verwirkt hat, während die amtliche Kommission ursprünglich sie bei verwirkten Freiheitsstrafen bis zu 6 Monaten und Geldstrafen in unbeschränkter Höhe zulassen wollte.

Das Strafgesetzbuch kennt eine entsprechende Einrichtung nicht. Dagegen haben die Reformentwürfe den bedingten Straferlaß eingeführt. Dieser sollte nach § 35 des E 25 bei verwirkten Gefängnis- und Geldstrafen ohne Begrenzung, nach § 40 des E 27 bei Gefängnis- oder Einschließungsstrafen bis zu 6 Monaten oder bei Geldstrafen in unbeschränkter Höhe ausgesprochen werden können. Das

---

132) Komm. StR I, S. 155/156.
133) Pr. Denkschrift, S. 115, 141; Komm. StR I, S. 161.
134) Ak. Denkschrift, S. 114/115; Komm. StR I. S. 183 ff.

Anwendungsgebiet war also wesentlich weiter und auch die übrigen Voraussetzungen nicht ebenso bindend wie im neuen Entwurf der amtlichen Kommission. Die richterliche Freiheit, die der neue Entwurf in diesem Fall gewährt, ist also gegenüber dem Strafgesetzbuch wohl wesentlich größer, jedoch keineswegs so groß, wie in den beiden letzten Reformentwürfen.

VII. Das Strafverfahren dient der Durchsetzung des sachlichen Strafrechts im Leben der Volksgemeinschaft. Das Verfahrensrecht bietet die Regeln für die Handhabung des sachlichen Rechts. Für die Gestaltung einer Verfahrensordnung muß deshalb oberstes Ziel sein, die gerechte und zugleich zweckmäßigste, d. h. sicherste, schnellste und einfachste Art der Umsetzung des sachlichen Rechts in einem Straffall zu ermöglichen[135]). Das Strafverfahrensrecht ist also in seinem Zweck an das sachliche Strafrecht gebunden. Von hier aus wird das Verfahrensrecht Ziel und grundsätzliche Ausrichtung erfahren.

Die zur Zeit noch geltende Strafprozeßordnung wurde im Anschluß an Änderungen des Strafgesetzbuches, die durch die nationalsozialistische Novellengesetzgebung erfolgt sind, teils ebenfalls geändert, teils durch neue Vorschriften erweitert. Einige der durch das Ausführungsgesetz zu dem Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. 11. 1933 neu eingefügten Bestimmungen bringen auch eine Erweiterung der richterlichen Freiheit; so z. B. die Anordnung der einstweiligen Unterbringung nach § 126 a StPO[136]) oder die Aufschiebung des Inkrafttretens des Berufsverbots nach § 456 d StPO. Ferner wurde durch die auf Grund des Gesetzes zur Einschränkung der Eide im Strafverfahren vom 24. 11. 1933 eingeführte Vorschrift des § 61 StPO der Kreis der Fälle, in denen die Beeidigung vom Ermessen des Gerichts abhängig gemacht ist, erheblich erweitert. Allerdings soll nach dem Bericht der amtlichen Strafprozeßkommission die Bestimmung des § 61 Ziff. 6 StPO, wonach das Gericht von der Vereidigung eines Zeugen absehen kann, wenn die Staatsanwaltschaft, der Angeklagte und der Verteidiger auf sie verzichten, — eine Vorschrift, die in der Praxis der Strafgerichte große Bedeutung erlangt und ein weites Anwendungsgebiet gefunden hat, — gestrichen und in die neue Verfahrensordnung nicht mehr

---

[135]) Freisler, Komm. StV, S. 12.
[136]) Zit. nach der im Jahre 1938 gültigen Fassung der StPO.

aufgenommen werden[137]). Dagegen soll künftig durch entsprechende Bestimmungen die richterliche Freiheit gegenüber dem bisherigen Zustand noch erweitert werden, damit der Richter in der Lage ist, im Einzelfall möglichst rasch das sachlich gerechte Urteil zu sprechen. Als Beispiele können folgende Fälle genannt werden: bei nachträglicher Bildung einer Einheitsstrafe kann das Gericht auch über die frühere, bereits abgeurteilte Tat völlig neu verhandeln oder aber die Feststellungen und Wertungen des früheren Urteils seiner Entscheidung zugrunde legen; dem Ermessen des Gerichts bleibt es überlassen, den Verhandlungsstoff unter Umständen zu beschränken oder zu erweitern; der Friedensrichter bestimmt das Verfahren nach seinem Ermessen[138]).

Es zeigt sich also, daß entsprechend der Erweiterung der richterlichen Freiheit im sachlichen Strafrecht der Richter auch im Verfahrensrecht freier gestellt wird. Die kommende Strafverfahrensordnung wird im Anschluß an die Durchführung des Willensstrafrechts und an die Durchsetzung des Grundsatzes der materiellen Gerechtigkeit dem Richter ein großes Maß von Freiheit einräumen. Der Umfang der richterlichen Freiheit dürfte damit noch größer werden als wie in der bisherigen Strafprozeßordnung.

---

137) Komm. StV, S. 234 ff.
138) ebd., S. 176 ff., S. 179 ff., S. 550.

E. Ergebnis.

An das Strafgesetz von 1871 war der Richter streng gebunden. Die Analogie war verboten und das Gewohnheitsrecht ausgeschaltet. Die Tatbestände des Besonderen Teils waren fest umrissen, oft in kasuistischer Art und meist beschreibend aufgestellt. Nur bei wenigen Tatbeständen, in denen wertausfüllungsbedürftige Begriffe verwendet waren, war dem Richter ein gewisser Ermessensspielraum gegeben. Auch die übrigen Voraussetzungen der Strafbarkeit waren möglichst genau bestimmt und damit das Ermessen des Richters ausgeschaltet.

Bei der Strafzumessung war dem Richter ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt. Allerdings zeigt sich hier verschiedentlich das Bestreben, das richterliche Ermessen durch besondere Vorschriften wieder einzuengen.

Nach dem Weltkrieg wurde durch Abänderung verschiedener gesetzlicher Bestimmungen das Ermessen des Richters wesentlich erweitert. Auch hat eine freiere Auslegungsmethode den Richter zu einer umfangreicheren Wertung ermutigt. Durch die Durchbrechung des Legalitätsgrundsatzes wurde der Richter sogar ermächtigt, bei geringeren Strafsachen die Strafverfolgung einzustellen.

Die Reformentwürfe lockern die Bindung des Richters. Die allgemeine Bindung an das Gesetz bleibt bestehen. Auch wird die analoge Anwendung des Gesetzes dem Richter nicht gestattet. Und in den Tatbeständen des Besonderen Teils wird dem Richter nicht wesentlich mehr Freiheit eingeräumt als im Strafgesetzbuch.

Dagegen wird dem Richter bei der Strafzumessung ein sehr großer Ermessensspielraum gewährt. Neben die Strafen treten Maßnahmen der Besserung und Sicherung und die Möglichkeit des bedingten Straferlasses. Die Strafrahmen sind weiter als im Strafgesetzbuch, und die Möglichkeiten der Strafänderung sind viel umfangreicher und weitgehend in das Ermessen des Gerichts gestellt. Zudem sind bei den Voraussetzungen für die Strafänderung meist wertausfüllungsbedürftige Begriffe verwendet, die selbst wieder durch das richterliche Ermessen bestimmt werden müssen. Auffallend ist, daß das Ermessen hinsichtlich der Strafmilderungen besonders ausgedehnt ist.

An das nationalsozialistische Gesetz ist der Richter ebenfalls gebunden, weil das Gesetz verpflichtender Führerbefehl ist. Der Richter kann aber, allerdings unter Kontrolle des Gesetzes, neue Tatbestände bilden. Auch innerhalb der vom Gesetz aufgestellten Tatbestände ist der Richter nach dem Entwurf der amtlichen Strafrechtskommission nicht starr an den Wortlaut gebunden. Durch Einfügung von wertausfüllungsbedürftigen Begriffen und durch normative Ausrichtung ganzer Tatbestände hat er in großem Maße Wertung vorzunehmen. Der Richter wird also bei der Anwendung des Gesetzes wesentlich freier sein als früher, damit er in Verwirklichung des Grundsatzes der materiellen Gerechtigkeit auch für jede strafwürdige Handlung eine entsprechende Sühne aussprechen kann. Und hier liegt der bedeutendste Unterschied hinsichtlich der richterlichen Freiheit sowohl gegenüber dem Strafgesetzbuch wie auch gegenüber den Reformentwürfen.

Das nationalsozialistische Gesetz stellt nach dem Bericht der amtlichen Strafrechtskommission weite Strafrahmen zur Verfügung. Außer einer Reihe von Strafarten kennt es Maßregeln der Sicherung, Besserung und Heilung und die Möglichkeit der Verwarnung mit Strafvorbehalt. Um im Willensstrafrecht eine dem Verschulden des Täters entsprechende Strafe aussprechen zu können, wird dem Richter in weitem Maße die Möglichkeit der Strafänderung gegeben und ihm insbesondere in einer Reihe von Fällen die Strafmilderung nicht mehr zwingend vorgeschrieben werden, sondern seinem Ermessen überlassen bleiben. Allerdings werden nach dem Entwurf der amtlichen Strafrechtskommission die Möglichkeiten der Strafänderung — insgesamt betrachtet — nicht mehr so weitgehend sein wie in den Reformentwürfen, um den Strafzweck der Abschreckung stärker hervortreten zu lassen. Diese Einschränkung der Freiheit wird aber dadurch gemildert, daß die Strafrahmen selbst schon sehr weit sind.

Das künftige Gesetz wird im Vergleich mit dem Strafgesetzbuch dem Richter sowohl bei der Feststellung, ob eine Tat strafbar ist, wie auch bei der Strafzumessung ein größeres Maß von Ermessensfreiheit einräumen. Auch im Verfahrensrecht wird die richterliche Freiheit erweitert werden.

Der Freiheit, die das künftige Gesetz dem Richter gewähren wird, entspricht aber eine Bindung an die nationalsozialistische Weltanschauung[1]). Diese Bindung an die in sich geschlossene, all-

[1]) Gürtner, Neue StR, S. 24; Freisler, DJ 1934, S. 1333; Franzen, S. 49; Henkel, Die Unabhängigkeit, S. 33/34; Moser v. Filseck, DRPfl 1936, 223.

gemein anerkannte völkische Weltanschauung, die die Gesetze des Handelns an Hand eines allgemein anerkannten Wertmaßstabes jedem vorzeichnet, ist, wie Freisler schreibt [2]), nicht bloß Voraussetzung, sondern Wesensbestandteil der Freiheit: der Richter ist frei, weil er in der nationalsozialistischen Weltanschauung gebunden ist. Nur durch diese weltanschauliche Bindung ist die größere Ermessensfreiheit des Richters möglich; gleichzeitig wird dadurch auch die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung gewährleistet werden. Im Schrifttum wurde sogar die Meinung geäußert, die Zunahme der Richtermacht sei in Wahrheit nur eine Scheinzunahme, weil der Richter heute stärker als je an den Willen der politischen Führung und an die Rechtsanschauung der Volksgemeinschaft gebunden sei [3]).

Wo das Gesetz dem Richter Freiheit gewährt, ist er durch die völkische Weltanschauung gebunden. Trotzdem ist aber zu sagen, daß der Gesetzgeber dem Richter mit der ihm überlassenen Ermessensfreiheit ein großes Vertrauen entgegenbringt, ihm aber auch eine größere Verantwortung überträgt. In Zukunft wird also nicht das Gesetz allein bestimmend sein, aber auch nicht anstelle des Gesetzes der freirechtliche Richter, sondern es wird eine Arbeitsteilung stattfinden zwischen dem nationalsozialistischen Gesetz und dem aus dem Volke kommenden und im Volkstum verwurzelten Strafrichter.

[2]) DStR 1935, S. 23; Neue StR, S. 151.
[3]) Dahm, DStR 1934, S. 96.

Schrifttum.

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung, I. und II. Teil. Berlin 1925. (Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums).

**Aschrott-Kohlrausch,* Reform des Strafrechts. Kritische Besprechung des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches, Berlin und Leipzig 1926.

v. Bieberstein, Marschall, Vom Kampf des Rechts gegen die Gesetze, Stuttgart 1927.

v. Birkmeyer, Karl, Das richterliche Ermessen im deutschen Entwurf verglichen mit dem österreichischen, GS Bd. 77, S. 353.

Bohne, G., Bericht über die Tagung der Deutschen strafrechtlichen Gesellschaft in Bamberg am 28. und 29. Mai 1926, GS Bd. 93, S. 275.

Dahm, Georg, Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Strafrecht, DStR 1934, S. 87.

— Der Richter im modernen Strafrecht, 48. Jahrbuch der Gefängnisgesellschaft für die Provinz Sachsen und Anhalt, S. 19, Halle 1932.

— Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, DStR 1934, S. 248.

Dahm, Georg und *Schaffstein, Friedrich,* Liberales oder autoritäres Strafrecht? Hamburg 1933.

Drost, H., Das Ermessen des Strafrichters, Berlin 1930.

Ebermayer, L., Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, DJZ 1911, Sp. 117.

Eichhorn, Bindung des Richters an das Gesetz und neuzeitliche Rechtsfindung, DRZ 1935, S. 321.

Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1920.

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung und zwei Anlagen, Berlin 1927.

Exner, Franz, Gerechtigkeit und Richteramt, Leipzig 1922.

**Finger, August,* Zum Entwurfe eines Strafgesetzbuches, GS Bd. 92, S. 74.

— Die Reichstagsvorlage des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, GS Bd. 95, S. 106.

— Gedanken zur Denkschrift des preußischen Justizministers. „Die Strafbemessung", GS Bd. 105, S. 198.

Frank, Hans, Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht. Hsg. vom Reichsleiter des Reichsrechtsamts der NSDAP, 1. Teil 1935 (Mai), 2. Teil 1936 (November) (abgek. NS-Leitsätze).

Frank, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1931.

Franzen, Hans, Gesetz und Richter, Hamburg 1935.

Freisler, Roland, Gedanken zur Technik des werdenden Strafrechts und seiner Tatbestände, ZStW Bd. 55, S. 503.

Die mit * versehenen Verfasser sind nach dem „Verzeichnis jüdischer Verfasser juristischer Schriften" von Erwin Albert, 2. Aufl. Stuttgart 1937 nicht arisch.

— Richter, Recht und Gesetz, DJ 1934, S. 1334.
— Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers? Fesselung des Verbrechers oder des Richters? DStR 1935, S. 1.
— Volk, Richter und Recht, DJ 1935, S. 1160.
Freisler-Luetgebrune, Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts. Denkschrift des Zentralausschusses der Akademie für Deutsches Recht, Berlin 1934 (Juni) (abgek. Ak-Denkschrift).
v. Gemmingen, Hans Dieter Freiherr, Strafrecht im Geiste Adolf Hitlers, Heidelberg 1933 (September).
Gerland, Heinrich, Einige Anmerkungen zu der Denkschrift des Preußischen Justizministers, DJ 1934, S. 224.
Göring, Hermann, Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft, Hamburg 1935.
Gürtner, Franz, Das kommende deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Berlin 1935 (August) (abgek. Komm. StR I).
— Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. Berlin 1936 (Mai) (abgek. Komm. StR II).
— Das kommende deutsche Strafverfahren, Berlin 1938 (April) (abgek. Komm. StV).
Gürtner-Freisler, Das neue Strafrecht, Berlin 1936 (Oktober) (abgek. Neue StR).
Heilbron, Brigitte, Freies pflichtmäßiges Ermessen des Richters, Diss. Jena 1929.
Heimberger, Joseph, Freiheit und Gebundenheit des Richters in weltlichem und kirchlichem Strafrecht, Frankfurt/M. 1928.
Heine, Zur Reform des Strafrechts, Sozialistische Monatshefte 1903, S. 22.
Hellwig, Albert, Die Reform der Strafzumessung, DStR 1936, S. 418.
Henkel, Heinrich, Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt, Hamburg 1934.
— Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, Hamburg 1934.
Herrnritt, Rudolf Hermann, Grundlehren des Verwaltungsrechts, Tübingen 1921.
Herschel, Staatlicher Befehl und richterliches Ermessen im neuen Reich, DJZ 1933, Sp. 1008.
v. Heydebrand und der Lasa, Ernst, Deutsche Rechtserneuerung aus dem Geiste des Nationalsozialismus, Berlin 1933.
**v. Hippel, Robert,* Vorentwurf, Schulenstreit und Strafzwecke, ZStW Bd. 30, S. 871.
— Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen im Strafgesetzentwurf von 1925, ZStW Bd. 47, S. 18.
— Deutsches Strafrecht, I. Bd. Allgemeine Grundlagen, Berlin 1925.
v. Holtzendorff, Fr., Handbuch des deutschen Strafrechts, 2. Bd. Die allgemeinen Lehren, Berlin 1871.
Klee, Karl, Zum kommenden deutschen Strafrecht, DJZ 1934, S. 1303.
Köttgen, Deutsche Verwaltung, Berlin 1937.
Krüger, Herbert, Rechtsgedanke und Rechtstechnik im liberalen Strafrecht, ZStW Bd. 54, S. 591 und Bd. 55, S. 77.
Lammasch, Heinrich, Kriminalpolitische Studien, GS Bd. 44, S. 147.
Lang, Die große Strafrechtsreform, Sozialistische Monatshefte 1909, S. 1591.
Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934.
v. Laun, Rudolf, Das freie Ermessen und seine Grenzen, Leipzig und Wien 1910.
— Zum Problem des freien Ermessens, Festschrift für Zitelmann, München und Leipzig 1913.

Lehmann, Walter, Zur Reform des Reichsstrafgesetzbuches, Liszts Abhandlungen des kriminalistischen Seminars, 4. Bd. 3. Heft, Berlin 1905.
v. Liszt, Franz, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 23. Aufl., Berlin 1921.
Lobe, Adolf, Lücken im amtlichen Entwurf eines Strafgesetzbuchs, GS Bd. 92, S. 53.
— Hoffnungen und Entwürfe, GS Bd. 107, S. 108.
— Hoffnungen und Entwürfe, GS Bd. 108, S. 226.
Maunz, Theodor, Verwaltung, Hamburg 1937.
Maurach, Reinhart, Vier Jahre bolschewistischer Strafrechtsgeschichte (1933—1936), ZStW Bd. 56, S. 735.
Mezger, Edmund, Strafrecht, Lehrbuch, München und Berlin 1933.
— Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Festschrift für Traeger, Berlin 1926.
— Der Richter im kommenden Strafrecht, ZAkDR 1935, S. 517.
Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, NF
1. Bd. Der Schutz der Gesellschaft gegen Gemeingefährliche und der Schutz des Verbrechers gegen Willkür, S. 95, Berlin und Leipzig 1926.
2. Bd. Das richterliche Ermessen nach dem Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches, S. 19, Berlin und Leipzig 1927.
Moser von Filseck, Die Unabhängigkeit des Richters und seine Bindung an das Gesetz, DRPfl 1936, S. 219.
Müller, Heinz, Beamtentum und Nationalsozialismus, Nat. soz. Bibliothek, Heft 30, München 1932.
Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des Preußischen Justizministers, Berlin 1933 (September) (abgek. Pr. Denkschrift).
Nicolai, Helmut, Die rassengesetzliche Rechtslehre, Heft 39 der Nat. soz. Bibliothek, München 1932.
Oertmann, Paul, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, Leipzig 1909.
Oetker, Maßregeln der Besserung und Sicherung. Gemeinschädliches Verhalten, GS Bd. 92, S. 1.
Ostwald, Richterkönigtum, Führergrundsatz und Rechtsgestaltung, DJZ 1934, Sp. 440.
Radbruch, Sicherungstheorie und Rechtssicherheit, DJZ 1925, Sp. 1286.
Sauer, Nationalsozialistisches Strafrecht nach der Denkschrift des Preußischen Justizministers, DJZ 1933, Sp. 1462.
Schaffstein, Fr., Formalismus im Strafrecht, DR 1934, S. 349.
— Politische Strafrechtswissenschaft, Hamburg 1934.
Schmidt, Richard, Die Strafrechtsreform in ihrer staatsrechtlichen und politischen Bedeutung, Leipzig 1912.
— Gesetzmäßige und regelfreie Strafrechtspflege, DJZ 1925, Sp. 1291.
Schwarz, Der Strafrichter als Rechtsschöpfer, DJZ 1936, Sp. 209.
Seuffert, Lothar, Über richterliches Ermessen. Akademische Festrede der Universität Gießen, Gießen 1880.
Siegert, Karl, Nulla poena sine lege, DStR 1934, S. 376.
Thierfelder, Rudolf, Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage, Tübingen 1934.
Verhandlungen des Strafrechtsausschusses des Reichstags über den Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches, Bd. I—III.
Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1909.
Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Begründung. Allgemeiner Teil, Berlin 1909.
Wach, Zukunft des deutschen Strafrechts, Blätter für Gefängniskunde, 36. Bd.

— Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, DJZ 1910, Sp. 108.
Wolf, Erik, Der Sachbegriff im Strafrecht, RG-Festgabe Bd. V, S. 44, Berlin und Leipzig 1929.
— Das künftige Strafensystem und die Zumessungsgrundsätze, ZStW Bd. 54, S. 544.
Zimmerl, Leopold, Gesetz und materielle Gerechtigkeit im Strafrecht, Festgabe für Erich Jung, S. 222.
— Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Gleispach, Berlin 1936.
Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen über den Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Gefertigt im Reichsjustizamt, Berlin 1911.

Abkürzungen.

DJ	=	Deutsche Justiz
DJZ	=	Deutsche Juristenzeitung
DR	=	Deutsches Recht
DRPfl	=	Deutsche Rechtspflege
DRZ	=	Deutsche Richterzeitung
DStR	=	Deutsches Strafrecht
GS	=	Der Gerichtssaal
JW	=	Juristische Wochenschrift
ZAkDR	=	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
ZStW	=	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
VE	=	Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1909
GE	=	Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs, Berlin 1911.
KE	=	Entwurf der Strafrechtskommission 1913.
E 19	=	Entwurf von 1919.
E 25	=	Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1925.
E 27	=	Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1927

Lebenslauf.

Ich bin am 6. Dezember 1906 zu Stuttgart als Sohn des Innenarchitekten und Kunsthändlers Albert Häfele und seiner Ehefrau Ottilie, geb. Bieg, geboren und besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Ich besuchte das Realgymnasium in Stuttgart, mußte aber wegen Krankheit meines Vaters im Frühjahr 1922 nach Beendigung der 6. Klasse die Schule verlassen und den kaufmännischen Beruf erlernen. Nach einer dreijährigen Lehrzeit, während der ich die kaufmännische Lehrlingsprüfung an der Städtischen Handelsschule in Stuttgart mit Erfolg bestand, war ich vom Jahre 1925 bis zum Jahre 1931 in verschiedenen württembergischen Firmen als kaufmännischer Angestellter tätig. Im Herbst 1931 trat ich wieder in das Dillmann-Realgymnasium in Stuttgart ein und legte dort im Frühjahr 1933 die Reifeprüfung ab.

Vom SS 1933 bis zum SS 1934 studierte ich in Tübingen, im WS 1934/1935 und im SS 1935 in Berlin, und vom WS 1935/1936 bis zum SS 1937 wieder in Tübingen Rechtswissenschaft. Am 25. September 1937 legte ich vor dem Justizprüfungsamt Stuttgart die erste juristische Staatsprüfung ab. Seit 1. Okober 1937 befinde ich mich als Gerichtsreferendar im Vorbereitungsdienst.

Ottmar Häfele.